

# ANÁLISIS POLÍTICO-CRIMINAL DE LA LEY DEL ARREPENTIDO.

Reflexiones en torno a la finalidad e implicancias sociales y político-criminales de la reforma de la ley del arrepentido para su aplicación en casos de corrupción pública (Ley 27.304 - Art. 41 ter C.P.).

por **ARIEL HERNÁN SIMONE**<sup>i</sup>

**RESUMEN:** Este trabajo consiste en un análisis político-criminal de la reforma que hacia fines de 2016 efectuó la ley 27.304 al art. 41 ter del Código Penal, en cuanto implicó extender la aplicación de la figura del arrepentido a los delitos cometidos en casos de corrupción. Se trata de un abordaje que se centrará en el estudio de los componentes políticos de la reforma por sobre los estrictamente jurídicos. De ese modo, se efectuará una primera aproximación a la corrupción y al contenido de la modificación legislativa para finalmente y como eje de la propuesta, analizar los contenidos político-criminales de la ley y de la figura del arrepentido tal cual está redactada en la actualidad.

**ABSTRACT:** This work consists of a political-criminal analysis of the reform that towards the end of 2016 performed the law 27.304 to article 41 ter of the Criminal Code, insofar as it implied extending the application of the figure of the repentant to crimes committed in cases of corruption. It is an approach that will focus on the study of the political components of the reform over strictly legal ones. In this way, a first approximation will be made to the corruption and the content of the legislative amendment, to finally and as the core of the proposal, analyze the political-criminal contents of the law and the figure of the repentant as is currently written.

**PALABRAS CLAVES:** Ley del arrepentido / Figura del arrepentido / Delación premiada / colaborador eficaz / Acuerdo de colaboración / Política Criminal / Corrupción.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN; II. PRIMERA PARTE: NOCIONES BÁSICAS: Capítulo 1: La corrupción; Capítulo 2: El nuevo art. 41 ter del Código Penal; III. SEGUNDA PARTE: ANÁLISIS POLÍTICO-CRIMINALES DE LA FIGURA DEL ARREPENTIDO EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN PÚBLICA: 1. Contexto sociocultural; 2. Los MMC y la formación de la opinión pública; 3. El art. 41 ter como herramienta en la lucha contra la corrupción; 4. Las palabras de la ley; 5. La ley del arrepentido en el contexto normativo y constitucional; 6. La ley del arrepentido desde el enfoque de la técnica legislativa; 7. La inflación legislativa y la velocidad del cambio normativo; 8. La cuestión ética; 9. La aplicación de la ley del arrepentido en la práctica. 10. ¿Un nuevo paradigma? IV. REFLEXIONES Y CONCLUSIÓN FINAL; V. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

A modo de prelude, expondremos los lineamientos sobre los cuales se centrará el presente trabajo, los objetivos que nos proponemos y los motivos que llevaron a escoger esta reforma desde la perspectiva político-criminal.

### Razones de la elección del tema.

Esta figura presenta múltiples ribetes que pueden ser estudiados en clave político criminal, más allá de las cuestiones técnicas<sup>ii</sup>. Se destacan las consideraciones que podamos efectuar desde los conceptos de velocidad del cambio normativo, las implicancias de la técnica legislativa y/o la incidencia de los medios masivos de comunicación, etc....

Pero además, la temática elegida presenta un plus a considerar. Este aditamento está conformado por ciertas particularidades que detenta la figura frente a otros institutos penales, lo cual conlleva a considerar el problema desde diversas perspectivas que integren todas las aristas de la *política*, a su vez entendida en sentido amplio.

### Propuesta.

En esta faena intentaremos desarrollar los diversos análisis político-criminales que pudiesen efectuarse a partir de la modificación que a fines de 2016 plasmó la ley 27.304 al art. 41 ter del Código Penal. Entendemos, a modo de adelanto, que el principal objetivo de esta reforma legislativa fue extender la aplicación de la figura del arrepentido - que ya estaba prevista para otros casos -, a los delitos cometidos en el marco de actos de corrupción.

Entonces, en el abordaje de la problemática, nos abocaremos al estudio de los componentes político-criminales de la reforma y del texto del art. 41 ter, por sobre los estrictamente jurídicos.

### Objetivos.

De acuerdo a ello, se configuran como **objetivos** de esta propuesta:

- Conocer y reflexionar acerca de los componentes político-criminales de la figura del arrepentido.
- Comprender el sentido de la reforma del instituto a partir de su análisis como partícula integrante de un proceso político de reforma y actualización general en el que se detectan múltiples ideas político-criminales emergentes de un mundo globalizado y en constante mutación.
- Analizar los cometidos de la reforma de la ley 27.304 desde una perspectiva interdisciplinaria e integral que conciba a la política criminal en sentido lato.
- Contextualizar situacional e históricamente el producto legislativo y estudiar la reforma de modo contextualizado, ya sea desde los enfoques político, social, cultural y económico, entre otros.
- Comprender el contenido de la figura en el marco de la lucha contra la corrupción como fenómeno cultural de nuestros tiempos.
- Ponderar otros factores relevantes de las reformas penales, como la técnica legislativa, la incidencia de los medios masivos de comunicación, la velocidad del cambio normativo, la legislación de emergencia, etc..

- Analizar las consecuencias complejas (jurídicas y prácticas) que trae aparejada la reforma operada.

## Contenido.

Para tratar de satisfacer estos objetivos, el presente trabajo se estructura en tres partes:

En la primera de ellas desarrollaremos una superflua aproximación a las implicancias de la corrupción como fenómeno social, político y jurídico que nuclea diversas figuras delictivas contenidas en el Código Penal. Asimismo, presentaremos el contenido jurídico de la reforma a los efectos de destacar la inclusión que realiza la ley.

En la segunda parte, como eje central de este trabajo, y a partir de una intersección de las nociones básicas apuntadas, nos concentraremos en el abordaje de las razones, implicancias, componentes y consecuencias político-criminales de la figura del arrepentido regulada de acuerdo a la ley 27.304<sup>iii</sup>.

Finalmente, concluiremos esbozando algunas conclusiones puntuales y reflexionando sobre la problemática planteada.

## II. PRIMERA PARTE: NOCIONES BÁSICAS.

Como ya lo adelantamos, en esta primera parte, a modo de contenidos propedéuticos, intentaremos dejar plasmadas algunas nociones fundamentales para conocer la reforma de la **ley Nº 27.304** que modificó el **art. 41 ter del Código Penal**, por un lado, y comprender el fenómeno de la corrupción en sus relaciones con la política criminal, por otro. Todo ello a los efectos de delimitar las cuestiones que nos resulten de utilidad para analizar las implicancias político-criminales de la figura del “arrepentido” en los casos de corrupción pública.

i

Abogado, alumno de la Especialización en Derecho Penal. Extracto del trabajo Final de la Asignatura Política Criminal, a cargo del Prof. Ernesto Domenech.

ii Al respecto, resulta necesario advertir que en los últimos años proliferaron los comentarios académicos sobre la figura en cuestión, motivados seguramente por la implementación del procedimiento del arrepentido para otras figuras (terrorismo, tráfico de estupefacientes, lavado de activos de origen delictivo y trata de personas), y finalmente por obra de la normativa en comentario. Pero esos abordajes, si

bien refieren a algunas cuestiones político-criminales como las finalidades relacionadas con la lucha contra la criminalidad organizada y la corrupción, se centran en el estudio de las características jurídicas por sobre las que implica el abordaje desde nuestra asignatura.

iii

En esta línea, y si bien se acepta que todos los contenidos penales poseen ingredientes políticos, debe aclararse que no formarán parte del abordaje aquellos componentes o regulaciones que puedan ser estudiados desde un enfoque puramente técnico-jurídico. Es decir, las cuestiones que hacen a los elementos de la teoría del delito, la participación, y la pena, por un lado; o la de los institutos procesales, por otro; si bien poseen contenidos político-criminales, quedan fuera del presente trabajo por exceder de los objetivos propuestos. De esta forma queda delimitado el ámbito de la investigación y el recorte temático de la problemática.

Con esa finalidad, nos aproximaremos a las nociones de:

- La **corrupción**, especialmente la pública, porque desde la perspectiva político-criminal es concebida como el fenómeno social que daña a las democracias y sobre cuyos actos hay que trabajar para contrarrestarla.
- La **figura del arrepentido**, en cuyo marco incluimos la reforma de la ley 27.304 y el texto del actual art. 41 ter del Código Penal.



## Capítulo 1: La corrupción.

### La definición de corrupción.

Si bien lo que más nos importa de la corrupción es su relevancia social y política, comenzaremos diciendo que desde el punto de vista semántico es una palabra ambigua, y de las más graves si las hay<sup>iv</sup>. En el estudio de la criminalidad, y aunque parezca una obviedad recordarlo, una es la corrupción política y otra la corrupción sexual de menores (conductas tipificadas en el art. 125 del CP). De todos modos, la intensidad de esa ambigüedad pueda ser aminorada debido al contexto en que se esté utilizando el vocablo. Pero lo cierto es que ambas acepciones provienen de la misma idea derivada de la desviación, es decir, que algo se corrompe si es desviado de su curso normal<sup>v</sup>. En la corrupción pública, el funcionario desvía lo público hacia lo privado.

La RAE, en lo que nos interesa, define a la **corrupción** como:

- *Acción y efecto de corromper o corromperse* (que a su vez significa “*alterar y trastocar la forma de algo*”).<sup>vi</sup>

- *En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores.*

Quedan así plasmadas, ya en las recepciones que va efectuando la RAE de acuerdo al uso corriente de las palabras, las dos variantes en que se utiliza el mismo vocablo en el Derecho Penal.

Ahora bien. A diferencia de lo que ocurre con la corrupción de menores del art. 125, no hay un delito de corrupción (como práctica de la administración) específico; sino que se trata de la alusión genérica que se utiliza para englobar un conjunto vagamente definido de figuras delictivas.

Ilustrativo de ello es que en el Código Penal no hay más referencia a la expresión “corrupción” y sus derivados que la que surge del art. 125 ya aludido. Bajo el rótulo de corrupción que nos interesa ahora se enrolan múltiples y variadas conductas que se encuentran receptadas como figuras delictivas cuyo sujeto activo está representado, generalmente, por un funcionario público.

Una definición que podría englobar estas y otras ideas es la expresada por **Carlos Santiago Nino** en “**Argentina, un país al margen de la ley**”:

**La corrupción es “la conducta de quien ejerce una cierta función social que implica determinadas obligaciones activas o pasivas destinadas a satisfacer ciertos fines, para cuya consecución fue designado en esa función, y no cumple con aquellas obligaciones o no las cumple de forma de satisfacer esos fines de modo de obtener un cierto beneficio para él o para un tercero, así como también la conducta del tercero que lo induce o se beneficia con tal incumplimiento”** (NINO,1992:132).<sup>vii</sup>

De esta definición y desde la percepción global de la corrupción se pueden extraer algunos elementos para destacar; los cuales, reitero, resultan de utilidad para abordar en la segunda parte específicamente la figura del arrepentido en casos de corrupción. Ellos son:

- a) La participación de los **funcionarios públicos** en la mayoría de las conductas de corrupción.
- b) La “**bilateralidad**” que se presenta en muchos de esos actos de corrupción.
- c) La canalización de los delitos específicos por medio de especiales vínculos en lo que hace a las reglas de participación: la **criminalidad organizada (pluralidad)**.

Veremos cada una de estas características especiales por separado:

### Los funcionarios públicos como sujetos activos de las figuras delictivas.

En la definición trascripta, Nino hace referencia a la desviación que lleva a cabo *“quien ejerce una cierta función social que implica determinadas obligaciones activas o pasivas destinadas a satisfacer ciertos fines, para cuya consecución fue designado en esa función”*.

Desde el punto de vista jurídico, ello se traduce en la intervención de los funcionarios públicos en la mayoría de las conductas tipificadas como actos de corrupción. Entonces, la primera de las particularidades que presentan las figuras delictivas que tipifican los delitos de corrupción es que el sujeto activo está representado por un funcionario público que comete el delito *“en ejercicio de sus funciones”*, o al menos aprovechándose de ella.

Básicamente, desde el Derecho Penal, la principal diferencia entre los actos de corrupción administrativa pública y los actos de corrupción privada radica en el funcionario público que actúa como sujeto activo de la figura delictiva que se trate.

En este punto es obligatorio tener en cuenta la definición de funcionario público que contiene el art. 77 del Código Penal:

***“Por los términos “funcionario público” y “empleado público”, usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente.”***

Por su parte, el art. 1 de la **Convención Interamericana contra la Corrupción** determina también los conceptos de **función pública** y **funcionario público**.<sup>viii</sup>



Muchas figuras delictivas del Código Penal contienen agravantes o son calificadas cuando sus conductas prohibidas sean cometidas por personas específicamente consideradas por su función o cualidades. Y justamente en varias de esas figuras existen agravantes específicas por tratarse de funcionarios públicos, a la vez que desde el advenimiento de la democracia existe una agravante genérica prevista que conlleva la aplicación de una pena conjunta en el **art. 20 bis** cuando establece que:

***“Podrá imponerse inhabilitación especial de seis meses a diez años, aunque esa pena no esté expresamente prevista, cuando el delito cometido importe: 1º. Incompetencia o abuso en el ejercicio de un empleo o cargo público (...) 3º. Incompetencia o abuso en el desempeño de una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público.”.***

En otros supuestos, en cambio, ciertas figuras tienen como sujeto específico o determinado al funcionario público, de modo que se trata de conductas que no pueden ser cometidas por otras personas. La doctrina aludiría, en ciertos casos, a los **delitos de propia mano**.

Por su parte, en una cláusula impeditiva que pareciese estar a favor de la sanción ineludible, el **art. 76 bis** del CP establece que ***“...no procederá la suspensión del juicio cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito”***. En este marco, cabe recordar que existe una fuerte corriente que sostiene que cuando se trate de funcionarios públicos no debieran aplicarse ninguno de los **criterios de oportunidad procesal**.

Los motivos del agravamiento o la tipificación específica se justifican en razón de la función que ejerce el sujeto y de la magnitud de los intereses que la sociedad le ha confiado. De este grupo participan los actos de corrupción pública que motivaron la reforma y la consecuente extensión de la previsión normativa de la figura del arrepentido.

Incluso, dentro de esos objetivos, se tuvo especialmente en cuenta la intervención de los funcionarios políticos que se encuentran enrolados dentro del concepto genérico de “funcionarios” del art. 77 aludido. Así, muchas de las figuras destinadas a los funcionarios públicos en general resultarán aplicables a los funcionarios estrictamente políticos; como por ejemplo el enriquecimiento ilícito, el peculado, o la malversación de

causales públicos; debido a la facilidad que detentan al administrar fondos y bienes del Estado.

Dicho esto, conviene recordar que en relación a esta clase específica de sujetos, reviste muchísima importancia todo lo relevante a la presentación y control de las **declaraciones juradas**, pues resulta casi la única forma de verificar algún supuesto de enriquecimiento u otro similar. Estas cuestiones fueron reguladas justamente por la **ley de ética en la función pública N° 25.188** que plasmó el mandato constitucional del **art. 36** de la Carta Magna (reforma constitucional de 1994).

Pero más allá de las motivaciones jurídicas, interesa destacar ciertas consecuencias que surgen de la intervención de los funcionarios públicos:

Primero, cabe aclarar que el art. 31 de la ley 25.246 (hoy derogado por la ley 27.304) establecía que la reducción de pena prevista en el procedimiento del arrepentido financiero no procederá respecto de los funcionarios públicos.

Por otro lado, el funcionario público administrativo, a excepción de los judiciales, ejerce su función periódicamente. La periodicidad es fundamental en tanto el sistema procura que quienes manejen los fondos públicos no se perpetúen en el poder para valerse de él para lograr impunidad<sup>ix</sup>. Esto tiene una directa incidencia en la previsión especial que hace el segundo párrafo del **art. 67 del Código Penal** en tanto suspende (o interrumpe) el comienzo del término de la prescripción de la acción penal respectiva<sup>x</sup>. Si bien este supuesto está establecido como una causal de suspensión de la contabilización del término de prescripción, la mayor relevancia va a radicar en que si un funcionario comete un delito mientras se encuentra ejerciendo ese cargo, se empezará a contabilizar el plazo de prescripción cuando deje de hacerlo por alguna de las causales posibles (conclusión del mandato, renuncia, jubilación, remoción, cesantía, etc.). Además, esta suspensión de términos alcanza a todos los partícipes del delito.

Los delitos de corrupción son cometidos, además, por personas que no pertenecen a los mismos estratos sociales – vulnerables - que integran quienes cometen los delitos más visibilizados y que hacen a la tan mentada inseguridad y su sensación en términos de Kessler. Los delitos contra la propiedad son cometidos generalmente mediante el uso de armas e influenciados por los problemas que genera el consumo de sustancias prohibidas. Son aquellos que, según palabras de quienes critican esta

selección criminológica, padecen las consecuencias del Estado represivo, discriminatorio y estigmatizante.

En cambio, los delitos de corrupción que nos interesa estudiar son aquellos que generalmente cometen personas que, ante todo, tuvieron la posibilidad de llegar a formar parte de las esferas gubernamentales, ante lo cual pareciera que detentan un nivel educativo, intelectual y económico mayor. Por más que nos parezca discriminatorio, la verdad es que los distintos niveles culturales y educativos inciden en la comisión de los diversos tipos de delitos (APARICIO:15). En efecto, quienes cometen los delitos más conocidos de cuello blanco (de corrupción) detentan una alta acumulación de riqueza y poder (CIAFARDINI,2005:33).

En consecuencia, se trata de sujetos que amparados en el poder cometen los llamados delitos de guantes blancos, menos visibles y por ende, menos detectables que los robos callejeros. Al decir de Sutherland, los **delitos de cuello blanco**. Se integran con la criminalidad económica y la corrupción política y se desarrollan en espacios semi-públicos y privados que dan cuerpo a la llamada **“criminalidad sumergida”** (CIAFARDINI,2000:9). Ojo: Menos visibles pero no por ello también de gravísimas consecuencias (CIAFARDINI,2005:33).

Entonces, los funcionarios cuentan, en lo general, con dotaciones de recursos económicos, sociales y culturales que no poseen otros sujetos. Estos recursos son usados y ello es aprovechado también para impedir ser denunciados y con ello lograr impunidad (CIAFARDINI,2000:9).

Además, tienen especiales características en relación a los fueros, privilegios e inmunidades que cumplen las veces de cuestiones prejudiciales o impedir la detención, como asimismo los caminos para provocar su destitución o desafuero. Al respecto, cabe destacar que la ley 27.304, entre sus normas procesales y en consonancia con esto, establece que *“No podrán celebrar acuerdos de colaboración los funcionarios que hayan ejercido o estén ejerciendo cargos susceptibles del proceso de juicio político de acuerdo a lo establecido por la Constitución Nacional”* (art. 3).

Como se ilustrará al momento de estudiar los delitos que en concreto se enrolan en las conductas de corrupción, cabe destacar que alrededor de las  $\frac{3}{4}$  partes de ellos tienen como sujeto activo a un funcionario público.

## La bilateralidad que se presenta en muchas de las conductas de corrupción.

Hay una característica que poseen los principales delitos de corrupción que es crucial para entender a la figura del arrepentido como herramienta político-criminal en función de la mentada eficacia necesaria para el descubrimiento de los hechos. Se trata, en muchos casos, de delitos que podríamos calificar como **“bilaterales”**. Tanto lo que entenderíamos como sujetos activos (autores, coautores y cómplices) y quienes aparentan ser sujetos pasivos (víctimas y damnificados) de esas figuras delictivas, forman parte de una misma trama, o al menos estuvieron de acuerdo en la ejecución del delito.

Si bien la definición de Nino apunta a la desviación de la función pública, tiene en cuenta esta bilateralidad al incluir dentro de las conductas corruptas las que comete *“el tercero que lo induce o se beneficia con tal incumplimiento”*.

Nótese que el delito de corrupción más conocido (el soborno, el cohecho o más vulgarmente, la coima) participa de estas características, de modo que nos encontramos ante las variantes del cohecho activo y el pasivo.

Cuando los conceptos de sujeto pasivo y sujeto activo se transpolan a los delitos de corrupción, el primero será el funcionario público mientras que el activo lo será el que intenta corromper<sup>xi</sup>. Este último es el sujeto privado o beneficiario con respecto al cual pareciera no estar dirigida, al menos en su finalidad, la figura del arrepentido, destinada especialmente a los organizadores de la trama que no son más que funcionarios públicos que tienen el poder de decisión. Es más, se incentiva la delación premiada para que ella sea utilizada en beneficio de los empresarios privados y en perjuicio de los funcionarios públicos. Determinar si se castiga solo al sobornado (generalmente funcionario público) o también al sobornador (generalmente sujeto particular o ciudadano común) también es una decisión político-criminal. De todos modos, ambos resultan beneficiados por la corruptela cometida, de ahí que se pueda hacer referencia a una suerte de **“bilateralidad”**. Piénsese, por ejemplo, en la **contratación de la obra pública** que tanto desarrollo ha tenido en relación a las consecuencias que se producen cuando es intermediada por la **corruptela de las licitaciones** y los otros **mecanismos de adjudicación**<sup>xii</sup>.

Es decir, ineludiblemente se requiere de un corruptor para que exista un corrompido, a diferencia de la corrupción del art. 125 del Código Penal, en el cual el

corrompido se convierte en víctima. Esto nos lleva a pensar además que el bien jurídico protegido es la regularidad y eficacia de la función pública. Desde siempre se ha sostenido que la corrupción pública no existiría como problema social sin la confabulación del cliente privado.<sup>xiii</sup> Entonces, en nuestros casos, la “víctima” del *don soborno* vendría a ser el mismo funcionario público corrompido. Como pareciera sugerir el cantautor Ricardo Arjona en el tema “Casas, quesos, cosas”, “**el soborno tiene clientes**”, de la misma forma que la flor, olores. Esto es, si hay corruptos, hay también corruptores. Al decir del propio “**arrepentido**” **Pontaquarto**, si existen sobornos es porque hubo sobornados y sobornadores (PONTAQUARTO:155). Los primeros pertenecen generalmente a la esfera pública, y los segundos, al ámbito privado. De ahí la corrupción pública y gran parte de la corrupción privada. Sin embargo, en el caso relatado en la autobiografía de Pontaquarto, los sobornadores conformaban el oficialismo gobernante y los sobornados algunos senadores de la oposición.

A diferencia de la corrupción que protege la integridad y libertad sexual de los niños, la corrupción pública no tiene tampoco una víctima definida. La mayoría de los delitos de corrupción se encuentran receptados en el título XI rotulado “**Delitos contra la Administración Pública**” protegen el buen funcionamiento de la administración y en todo caso, el erario común.<sup>xiv</sup> Sin embargo, los interesados deberíamos ser todos y además no es que no existan víctimas visibles sino que las habrá de modo indirecto.

### La criminalidad organizada.

Para que se pueda delatar a alguien el delito tiene que haber sido cometido al menos por dos personas: **pluralidad** (Esta es una característica que no se extrae directamente de la definición de Nino). Además, es fundamental tener siempre presente que el poder que detentan los funcionarios es, generalmente, **organizado, jerárquico y centralizado**. Estas cualidades pueden tener importancia no solo desde la configuración misma del delito, sino también en relación a las reglas de participación (arts. 45 a 49)<sup>xv</sup> o en cuanto a ciertas eximentes, como la obediencia debida (art. 34 inc. 5º del CP).

Además, se trata de características singulares que alcanzan, sobre todo, a aquellos que pertenecen a los altos rangos del Poder Ejecutivo que manejan dinero y recursos de las arcas públicas, por un lado, y detentan el poder en todo sentido concentrado, por otro<sup>xvi</sup>.

En este punto es que se podrían invocar algunas de las relaciones entre el Derecho Penal y el **Derecho Administrativo**, que en esta problemática se observan en tanto la corrupción versa, casi completamente, sobre figuras delictivas contra la administración pública. Además, hoy, en el estudio moderno de la corrupción pública, son los administrativistas los pioneros en buscar herramientas para su erradicación.

Se ha dicho que la **burocracia** también genera oportunidades para la corrupción (CARRÍO,2008:66). La corrupción se comporta también “*como un fenómeno particularmente preocupante y generalizado en todas las formas de ejercicio del poder*”, entre las que involucramos al Poder Judicial (Fundamentos y objetivos del Curso “Administración y Corrupción” de la Escuela de Verano de la UNLP).

Sin embargo, en la actualidad estas directivas deben extenderse también a los parlamentarios, quienes, pese a la inmunidad que detentan, pueden ser autores de actos de corrupción como los que se relacionan con el tráfico de influencias (lobby ilícito), o coimas para votar o no determinada ley. En definitiva, se corrompe también quien percibe ventaja no debida por sí o por otro para cumplir o no cumplir un acto debido, lo cual en cierta medida presenta aristas paralelas a las del cohecho.

Debemos a esta altura también resaltar, y tal como se lo hace para aludir a la problemática de la corrupción en general desde la concepción más reciente, que los hechos delictivos consistentes en actos de corrupción no alcanzan solamente a las razones o finalidades económicas, pues puede haber otras motivaciones tales como las morales, laborales, de beneficencia, etc... Esta pauta está insinuada en la ley de fondo a través de la modificación del rotulo del Capítulo VI del Título XI del Código Penal que ahora se denomina “*Cohecho y tráfico de influencias*”, cuando antes de la sustitución operada por el art. 30 de la ley 25.188 se titulaba solamente “Cohecho”<sup>xvii</sup>. Entonces, si bien aquí el delito más común puede ser el **cohecho pasivo** en el que se recibe alguna dádiva o alguna otra ventaja de tipo patrimonial<sup>xviii</sup>, lo cierto es que de acuerdo a la concepción misma de la corrupción, las cuestiones patrimoniales no son las únicas, pues un funcionario puede estar corrompido para decidir en uno u otro sentido por diversas razones e intereses.

Nótese que el cohecho es un delito que puede ser cometido por cualquier funcionario público<sup>xix</sup>, lo cual coincide con la tercera acepción del Diccionario de la Real Academia Española, **cohecho** (de *cohechar*), significa “*delito consistente en sobornar a*



*un juez o a un funcionario en el ejercicio de sus funciones, o en la aceptación del soborno por parte de aquellos.” ([www.rae.es](http://www.rae.es)).*

Ahora bien, lo que más interesa destacar es que se trata de delitos que además de requerir cualidades específicas en los sujetos, requiere de estructuras organizadas de poder, lo cual es estudiado desde la criminalidad compleja. En el ámbito propio de las reglas de participación criminal se habla de la responsabilidad objetiva y de la participación o autorías mediatas (“El autor detrás del autor”).

Dentro de las organizaciones de criminalidad organizada privadas se encuentran las mafias (camorras italianas) que se dedican al tráfico de drogas ilícitas, terrorismo y lavado de activos de origen delictivo. Estas familias de delitos ya se encontraban alcanzadas por la figura del arrepentido mediante las leyes **Nº 23.737**, **Nº 25.241** y **Nº 25.246**, respectivamente.

Pero en el ámbito público, las mafias forman parte del poder y están constituidas por personas que legítimamente han llegado a sus cargos, aunque ilegítimamente se valgan de él en provecho propio. Ya hicimos referencia a la organización estadual y a la cadena de mandos que caracteriza especialmente al poder ejecutivo de un ámbito estatal de poder, similar al que poseen las estructuras autónomas o autárquicas.<sup>xx</sup>

Como adelantamos, desde el punto de vista de la participación criminal y la autoría, podríamos recurrir a las concepciones de **autor intelectual**, la **coautoría funcional**, y las **últimas propuestas sobre la interpósita persona** o denominado “**el autor detrás del autor**”, muchas de ellas estudiadas desde el enfoque de la **imputación objetiva**. Asimismo, como la corrupción implica muchas veces la existencia de una **delincuencia organizada**, no debe dejar de tenerse en cuenta la posible configuración de una **asociación ilícita** de la que el funcionario forme parte (art. 210 del CP).

La figura del arrepentido, como técnica político-criminal al servicio de la investigación, justamente busca facilitar el rompimiento de las estructuras internas complejas de esas organizaciones, y propender al descubrimiento de los responsables y beneficiarios finales de esa cadena. Por ello, esto será de singular relevancia al momento de abordar todo lo relativo a la criminalidad organizada y a la delación que se pretende se verifique entre los componentes de una misma organización o empresa delictiva.

## La lucha contra la corrupción desde una acepción amplia de la política criminal.

Por último, creemos pertinente vincular la lucha contra la corrupción desde una concepción amplia de la Política Criminal y en esa faena efectuar algunas alusiones a los diversos alcances y componentes político-criminales para comprender las decisiones que puedan tomarse en materia de corrupción pública. Se entiende por política criminal a "... *aquel conjunto de medidas y criterios de carácter jurídico, social, educativo, económico y de índole similar, establecidos por los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal, con el fin de mantener bajo límites tolerables los índices de criminalidad en una determinada sociedad*" (VIDAURRI ARÉCHIGA:9). Por su parte, Esteban Righi, invocando la definición de Zipf, sostiene que "*La política criminal se relaciona con la obtención y realización de criterios en el ámbito de la prevención, y en su caso, represión de la criminalidad*" (RIGHI:15)<sup>xxi</sup>.

En base a ello, creemos que la corrupción debe ser abordada desde una acepción amplia de la política criminal que abarque no solamente las medidas sancionatorias sino también las preventivas. Bajo esa mirada, fijaremos la vista en las políticas que buscan luchar contra la corrupción de modo preventivo, que en lo general tienden a brindar protección a la víctima y no solo poner el ojo en el victimario.

Es decir, de acuerdo a la impronta que queremos brindarle a este estudio, entendemos que la política criminal debe ser considerada en el más amplio de los sentidos posibles de acuerdo a los diversos aspectos y tipos de decisiones que alcanza. Entonces, sea cual fuere la acepción que adoptemos, la política criminal se integra con los conceptos interrelacionados de "decisiones" y "finalidades", a modo de lo que paralelamente serían "medios" y "fines", en cuya formulación se nos es inevitable preguntarnos: **¿el fin justifica los medios?**<sup>xxii</sup>

Sucede otra cosa más: la corrupción es política por donde se la mire, y no solo porque como vimos es ejercida por funcionarios públicos, sino porque las consecuencias de su producción repercuten, directa o indirectamente, en aquella otra cara de la criminalidad, como lo son los ámbitos sociales, económicos y culturales tan sensibles que hacen a la política integral. Es en este sentido en que resultarán útiles las definiciones que irónicamente forjara Martín Caparrós para hacer referencia a la corrupción y a la política. Ya decía **Bertolt Brecht** en "El analfabeto político" que "*el peor de todos los bandidos*" es "**el político corrupto**".



En una acepción a-científica pero que nos resultará útil para derivar algunas ideas, Martín Caparrós, en *“Argentinismos, las palabras de la patria”* (Planeta, 2011) irónicamente, definió a la política de la siguiente manera: Sus, fem, sing. Argentinismo: *“Conjunto de operaciones por las que un grupo de anormales se llena los bolsillos gracias al uso del poder. Espacio y mecanismo de todas las malicias; de nuestro demodador: eso es pura política”* (CAPARRÓS:28).

Ya es hora de introducir la idea sobre el **plus** que detenta nuestra temática: además de todas estas implicancias, se inmiscuye en nuestro tema la política considerada en su acepción más vulgar. Ella se integra incluso con la política sectorial que representan los partidos políticos a los cuales nos referiremos más adelante. Al punto que se llega a hablar de **presos políticos** por corrupción. Esta *plusvalía* o elemento adicional se debe, singularmente, a que la reforma de la ley 27.304 configuró la implementación de una figura discutida o dilemática a ser aplicable en beneficio - y en contra - de funcionarios públicos que hayan intervenido en casos de corrupción. Demás está aclarar que, de acuerdo a la definición que da el art. 77 del Código Penal, muchos de esos funcionarios provendrán de los cargos electivos cuyos nombres suministran las parcialidades que resultan gananciosas en las contiendas electorales, eminentemente políticas.

No por nada una gran cantidad de las investigaciones en curso son iniciadas a impulso, denuncia y aportación de pruebas de los políticos de las oposiciones a los partidos gobernantes de turno; cuando en rigor debieron serlo por el órgano acusador.

En efecto, el instituto del arrepentido fue muy discutido en el Congreso porque se trata de una figura que alcanzará, sin dudas, a los mismos funcionarios públicos que forman parte de los grupos políticos que debían votar esa ley (GONZALEZ DA SILVA,2017:26).

En el camino que implica luchar contra la corrupción, el Estado puede valerse de múltiples herramientas. Entonces, en lo que atañe a esta clase de delitos, y por todas las características específicas apuntadas, el sujeto delincuente cuenta con un mayor grado de esperanzas de impunidad. Esta expectativa de no ser atrapado, más la omnipotencia por el poder y el dinero, son las verdaderas causas de la falta de efectividad en la lucha contra la corrupción. En este sentido, la reforma de la ley 27.304 parece haberse perfilado en el camino pregonado desde que busca reducir los niveles de impunidad

cediendo incluso aplicar pena enteramente mediante la reducción con que se beneficiará el delator.<sup>xxiii</sup>

Por otro lado, la política criminal dirigida al simple aumento de las penas previstas es un recurso sencillo pero un tanto hipócrita porque supone sortear las verdaderas causas de la corrupción evitando abordar el problema de la corrupción en forma integral. En el medio nos encontramos con múltiples medidas, herramientas o técnicas para combatir la corrupción, entre las cuales consideramos se encuentra la figura del arrepentido que ya comenzaremos a abordar en profundidad.

Finalmente, y como emulando lo que desde algunos sectores llamados “garantistas” y desde la **criminología crítica**, debemos revalorizar a la educación en términos de política pública fundamental para erradicar, no solo la inseguridad callejera, sino también y fundamentalmente los niveles de corrupción en el país. En términos comparativos y parafraseando: Si una tiza cuesta menos dinero que una bala, con mayor razón la educación ética en materia de honestidad, transparencia y lucha contra la corrupción será mucho más barata que condenar a un corrupto cuando la plata ya se la llevó y la lavó. En el primero de los casos la idea busca evitar el uso de las balas, mientras que en el segundo, salvando las grandes distancias, evitar la desviación de fondos considerables que podrían ser usados para muchas otras finalidades.

### **Una experiencia desde el sector privado: el *compliance*.**

En este marco, y en consonancia con las virtudes que pusimos de manifiesto al analizar los alcances de los componentes político-criminales, resulta interesante hacer una alusión comparativa a las políticas que desde el ámbito privado se toman para erradicar la corrupción en las personas jurídicas.<sup>xxiv</sup> Son notables las diferencias “políticas” en las políticas -*valga la redundancia*- practicadas en el ámbito privado frente a las desarrolladas en los entes públicos.<sup>xxv</sup> Basta con analizar comparativamente las políticas que las empresas y entes del sector privado ponen al servicio de los clientes, que rara vez se ven con la misma impronta en el sector público<sup>xxvi</sup>. Este parangón resultará de utilidad al hablar de la lucha contra la corrupción privada en comparación con la pública, y de los mecanismos para combatirla que existen en ambos sectores.

Ya adelantamos también que la corrupción no es un problema exclusivamente ligado a la función pública, y que sin corruptores no hay corrompidos. En efecto, sin la

participación de los privados la corrupción sería impracticable, solo que la situación del corrompido es más grave y nos interesa más porque es un sujeto público y maneja y desvía los fondos de todos los ciudadanos. Convierte, de alguna manera, los fondos públicos en privados, es decir, los desvía, los corrompe.

Pero por otro lado, las políticas empresariales pregonan evitar la corrupción interna mediante lo que se ha conocido como *compliance*.

Por **compliance** (en inglés “conformidad” – actuar de conformidad -) se entiende el establecimiento de las políticas o procedimientos implementados en una empresa dirigidos a que sus componentes cumplan con el marco normativo aplicable, constituyendo así un mecanismo para evitar la corrupción empresarial.

El **compliance** es una institución que se ha creado en el derecho comparado (surgida del sector financiero anglosajón), para combatir la inflación de la corrupción en las empresas en Europa, donde ha dado buenos resultados. Se ha intentado copiarla desde el sector público con la finalidad de reducir los niveles de corrupción en esta esfera. Se trata de políticas que apuntan principalmente a fortalecer la prevención mediante la educación, el control, la transparencia y el bienestar del personal y los empleados<sup>xxvii</sup>.

Los pilares sobre los que se sustentan los diversos mecanismos empresariales para evitar la corrupción son los relativos al análisis de los riesgos para la toma de medidas, la formación actualizada en materia de comportamiento ético y la comunicación permanente, la formalización de los procedimientos de control, y otras medidas precautorias.

En el *compliance* la sanción al funcionario o empleado de la empresa aparece recién en último término. Es decir, el derecho sancionatorio entra cuando todas las medidas anteriores fracasan. El sistema se basa en la información, el monitoreo, detección e identificación para la toma de decisiones.

El procedimiento de *compliance*, si bien no prevé una figura similar a la del delator premiado, incentiva el fortalecimiento de las comunicaciones internas a las cuales además le asigna **confidencialidad** para que quienes quieran denunciar a otros compañeros – o jefes - por el incumplimiento de la normas o actos deshonestos (incluso a sus superiores jerárquicos por instrucciones faltas de ética) puedan hacerlo con tranquilidad y sin sentir presiones de ningún tipo.<sup>xxviii</sup>

En Argentina, la ley que establece el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas N° 27.401 (*sancionada el 8 de noviembre y publicada en el Boletín Oficial el 1 de diciembre de 2017*), establece reglas y prevé institutos que hacen a esta perspectiva. Así, invita – o exige - a las personas jurídicas privadas a establecer mecanismos de prevención como un **Programa de Integridad** (Art. 22)<sup>xxix</sup>; cuyo contenido se prevea un **Código de ética o de conducta**, la realización de **capacitaciones periódicas**, y **reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos** (Art. 23).<sup>xxx</sup>

En ese marco es que esta ley prevé el procedimiento del **arrepentido** en donde se describe un **mecanismo de colaboración eficaz** que se puede realizar a través de un acuerdo entre la empresa y el Ministerio Público Fiscal.<sup>xxxi</sup> Así es que establece reglas relativas a la *confidencialidad de la negociación*, al *contenido del acuerdo*, a la *forma y control judicial del acuerdo de colaboración*, la *homologación* y la *posibilidad de rechazo del acuerdo de colaboración por parte del juez*, el *control del cumplimiento* del mismo, etc...

## Capítulo 2: El nuevo art. 41 ter del Código Penal.

En este capítulo efectuaremos un breve comentario de la **ley 27.304** y sus efectos sobre el artículo **41 ter** del Código Penal, que resulten de trascendencia para finalmente, en la segunda parte, analizar crítica y reflexivamente la reforma en clave político-criminal.<sup>xxxii</sup>

Por tanto, no nos detendremos en el estudio de las formalidades y consecuencias del acuerdo de colaboración, de la oportunidad para efectuarlo, los sujetos alcanzados, el contenido que debe tener la información brindada, etc.; salvo en lo que sea de utilidad para analizar las decisiones político-criminales que fundamenten cada uno de esos aspectos.

La **ley 27.304**, conocida como “**Ley del arrepentido**”, fue sancionada el 19 de octubre de 2016 y publicada en el Boletín Oficial el 2 de noviembre de ese mismo año. Reemplazó el **art. 41 ter** del Código Penal acrecentando el alcance de los supuestos y estableciendo las condiciones, modalidades y la oportunidad para acogerse al beneficio

de la reducción de pena (**a la escala de la tentativa**) que puede otorgarse a los imputados que celebren acuerdo de colaboración en determinados delitos.

Los delitos alcanzados son los que se relacionan, principalmente, con la criminalidad compleja y organizada, como los de trata de personas, narcotráfico, terrorismo, secuestro extorsivo, asociación ilícita, delitos económicos y financieros, y todos los de corrupción.

Como correlato de ello, en el **art. 276 bis** se tipificó el delito que se configurará en los casos en que un imputado maliciosamente brindare información falsa en uso del beneficio que otorga el art. 41 ter del Código Penal. La tipificación de este delito similar al de “falso testimonio” o “falsa denuncia” podría ser controvertida desde el punto de constitucional por violentar el derecho a guardar silencio ni ser perseguido penalmente por sus manifestaciones en el marco de una declaración indagatoria, ya que la persona que lo cometería reviste la calidad de imputado. Sin embargo, también se ha sostenido que el art. 18 de la constitución protege solamente a la persona titular del derecho y no a los coimputados, por un lado, y que si declara en forma espontánea no ha sido obligado, por otras, pues establece expresamente que “*Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo*”. De todos modos, entendemos que la comisión de este delito solamente podría ser verificado después de transcurrido el año que marca la ley y si es que se revoca o pierde el beneficio.

Asimismo, se advierte que la ley establece ciertas normas de carácter procesal que deberían aplicarse ante la implementación del nuevo sistema y la celebración de los acuerdos de colaboración, como sus consecuencias; invitando a las provincias a adoptar disposiciones procesales similares.

Finalmente, al unificar el sistema del arrepentido para todos los delitos alcanzados, en el art. 41 ter del Código Penal, la ley deroga los supuestos similares que leyes anteriores habían incorporado en la **ley 25.241** sobre hechos de terrorismo, en el art. 29 ter de la **ley 23.737** sobre tráfico de estupefacientes, y en el art. 31 de la **ley 25.246** sobre lavado de activos de origen delictivo.

De modo que el **art. 41 ter** quedó redactado de la siguiente forma:

**Las escalas penales podrán reducirse a las de la tentativa respecto de los partícipes o autores por algún delito de los detallados a continuación en este artículo, cuando durante la sustanciación del proceso del que sean parte, brinden información o datos precisos, comprobables y verosímiles.**

El proceso sobre el cual se aporten datos o información deberá estar vinculado con alguno de los siguientes delitos:

- a) Delitos de producción, tráfico, transporte, siembra, almacenamiento y comercialización de estupefacientes, precursores químicos o cualquier otra materia prima para su producción o fabricación previstos en la ley 23.737 o la que en el futuro la reemplace, y la organización y financiación de dichos delitos;
- b) Delitos previstos en la sección XII, título I del Código Aduanero;
- c) Todos los casos en los que sea aplicable el artículo 41 quinquies del C.P.;
- d) Delitos previstos en los artículos 125, 125 bis, 126, 127 y 128 del C.P.;
- e) Delitos previstos en los artículos 142 bis, 142 ter y 170 del C.P.;
- f) Delitos previstos en los artículos 145 bis y 145 ter del C.P.;
- g) Delitos cometidos en los términos de los artículos 210 y 210 bis del C.P.;
- h) Delitos previstos en los capítulos VI, VII, VIII, IX, IX bis y X del título XI y en el inciso 5 del artículo 174, del Código Penal;
- i) Delitos previstos en el título XIII, del libro segundo, del Código Penal.

Para la procedencia de este beneficio será necesario que los datos o información aportada contribuyan a evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito; esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos; revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos investigados o de otros conexos; proporcionar datos suficientes que permitan un significativo avance de la investigación o el paradero de víctimas privadas de su libertad; averiguar el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito; o indicar las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos en el presente artículo.

Cuando el delito atribuido al imputado estuviere reprimido con prisión y/o reclusión perpetua, la pena sólo podrá reducirse hasta los quince (15) años de prisión.

La reducción de pena no procederá respecto de las penas de inhabilitación o multa.

Respetando el orden empleado en la disposición legal, pasemos en limpio los delitos que se encuentran alcanzados por la figura actual:

- a) narcotráfico;
- b) delitos aduaneros (contrabando);
- c) terrorismo (art. 41 quinquies);
- d) **corrupción de menores y promoción, facilitación o explotación de la prostitución;**
- e) privación ilegítima de la libertad y secuestro extorsivo;
- f) trata de personas;
- g) **asociación ilícita;**



h) **delitos de corrupción: cohecho, tráfico de influencias, malversación de caudales públicos, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, exacciones ilegales, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, prevaricato, y fraude en perjuicio de alguna administración pública (todos delitos contra la administración pública);**

i) delitos contra el orden económico y financiero.

(Los que están en **negrita** son los delitos incluidos en esta última reforma).

Para comenzar, debe tenerse en cuenta que la elección de los delitos que fueron incluidos en el **art. 41 ter** es, sobre todo, una elección político-criminal esencial en la reforma que abordamos. Como se puede ver a simple vista, se trata de delitos que poseen sus características especiales. La particularidad de muchos de ellos es puesta de manifiesto con un trato diferenciado en ésta y otras figuras.<sup>xxxiii</sup>

En lo que hace a nuestra propuesta, el contenido de la ley 27.304 implicó, justamente, extender la aplicación de la figura a los delitos de corrupción que antes no se encontraban alcanzados.

En efecto, el debate verificado en el proceso de formación y discusión de la ley (*iter legislativo*), ya sea en las comisiones o en el seno de las Cámaras legislativas, se montó principalmente en derredor de la necesidad de mejorar la investigación en los delitos cometidos en perjuicio de la administración pública (GONZÁLEZ DA SILVA, 2017:26).

De modo que, aún cuando hubo discusiones en torno a las remesas de las regulaciones anteriores de la figura, fue aquella la finalidad político-criminal principal. A esta implicancia nos abocaremos especialmente cuando abordemos la racionalidad teleológica como uno de los primeros niveles de análisis.

El **bien jurídico protegido** en los delitos enumerados en el inc. "h" es entonces la **regularidad y eficiencia de la función pública**. No debe entenderse que la protección penal del título se circunscribe a las funciones administrativas propiamente dichas, sino también a las otras funciones del Estado que integren en forma amplia la administración pública, como la legislativa y la judicial.

Si bien todos los delitos que se encuentran alcanzados por la figura del arrepentido en la actualidad, podrían ser cometidos mediando actos de corrupción, lo cierto es que la novedad de la última reforma al art. 41 ter viene dada por la inclusión de los delitos propios de corrupción que no se encontraban alcanzados en las versiones

anteriores. Nos referimos a los siguientes delitos:

- **Cohecho,**
- **Tráfico de influencias,**
- **Malversación de caudales públicos,**
- **Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas,**
- **Exacciones ilegales,**
- **Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados,**
- **Prevaricato,**
- **Fraude en perjuicio de alguna administración pública.**

Todos estos son delitos contra la administración pública, aunque el último, tipificado en el inciso 5 del artículo 174 del Código Penal, se encuentra dentro del título del Libro II que protege a la propiedad.

Entonces, y más allá de las otras modificaciones, reiteramos que la finalidad principal de la reforma de la ley 27.304 fue incluir la mayoría de los delitos que podrían identificarse con los actos de corrupción.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la misma ley establece algunas limitaciones que inciden sobre los delitos “arrepentibles”:

- *“La reducción de pena no procederá respecto de las penas de inhabilitación o multa”* (Art. 41 ter del Código Penal – Art. 1 de la ley 27.304).

- *“Los acuerdos previstos en esta ley y sus beneficios no serán aplicables en procesos en los que se investiguen delitos de lesa humanidad”* (Art. 3 de la ley 27.304).

Otra nota característica del nuevo art. 41 ter está dada por la ampliación que realiza en cuanto a quiénes pueden delatar a quiénes. En los antecedentes, la posibilidad estaba limitada a beneficiar a un imputado de “menor rango” para que delate a uno que haya tenido mayor intervención en la trama delictiva. Ello estaba pensado así por la jerarquización propia de la delincuencia organizada a la que hicimos referencia y específicamente para facilitar el descubrimiento de los responsables intelectuales o cabecillas (“el autor detrás del autor”).

El art. 41 ter anterior decía que *“Sólo podrán gozar de este beneficio quienes tengan una responsabilidad penal inferior a la de las personas a quienes identifiquen”*.



Similar limitación traían los otros supuestos, salvo el de la ley de estupefacientes que nada decía al respecto (art. 29 ter). Se ha dicho que el fundamento de la limitación de la ley 25.742 fue evitar que los responsables principales de la organización delictiva se beneficien con la entrega de los responsables inferiores, llamados a veces "perejiles", o que el mismo jefe de la banda se constituya como "arrepentido" (GRISSETTI:57).

Sin embargo, la ley 27.304, aunque fuera de la reforma que hace al art. 41 ter del Código Penal, establece que *"La información que se aporte deberá referirse únicamente a los hechos ilícitos de los que haya sido partícipe y a sujetos cuya responsabilidad penal sea igual o mayor a la del imputado arrepentido."* (Art. 3).

El resto de las reglas que componen la ley son eminentemente procesales, por lo que serán analizadas en tanto converjan en ellas algunos de los problemas que abordaremos.

Sólo resta poner de manifiesto que el art. 5 de la ley establece los *Criterios para aplicar los beneficios del Art. 41 ter*. Dice que deberá considerarse:

- a) El tipo y el alcance de la información brindada;*
- b) La utilidad de la información aportada para alcanzar las finalidades previstas;*
- c) El momento procesal en el que el imputado brinda la colaboración;*
- d) La gravedad de los delitos que el imputado ha contribuido a esclarecer o impedir;*
- e) La gravedad de los hechos que se le atribuyen y la responsabilidad que le corresponde por ellos. Se beneficiará especialmente a quien se arrepintiere en primer término.*

Este último párrafo (*"Se beneficiará especialmente a quien se arrepintiere en primer término"*) constituye un incentivo político-criminal inigualable en términos de la finalidad investigativa de la que venimos hablando.

### III. SEGUNDA PARTE: ANÁLISIS POLÍTICO-CRIMINALES DE LA FIGURA DEL ARREPENTIDO EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN PÚBLICA.

Como adelantamos, nos concentraremos de aquí en más en presentar los diversos **abordajes político-criminales** de la figura del arrepentido en los casos de corrupción pública. Antes de abordar cada problema en particular, efectuaremos algunas

consideraciones previas, pues resulta necesario analizar algunas **particularidades** que presenta el enfoque político-criminal de la ley del arrepentido como punto de encuentro con los delitos contra la administración pública:

### Un delito muy especial (“cuello o guante blanco”).

La ley del arrepentido, sobre todo en su aplicación a los casos de corrupción, no puede entenderse ni ser analizada desde los criterios del Derecho Penal Clásico moderno. Obviamente que esto no es propiedad exclusiva de estos delitos sino que lo mismo ocurre con las otras figuras incluidas en el art. 41 ter y en algunas otras familias de delitos que requieren de **herramientas diferenciadas**. Muchos de ellos lo son porque se relacionan íntimamente con la criminalidad organizada. Pero otros, porque se derivan de diversas razones, como la problemática social y cultural de los abusos sexuales, la violencia doméstica o la de género; o la ausencia de fronteras en los delitos informáticos o económicos (DÍEZ RIPOLLÉS, 2008:497).

Ya analizamos las particularidades que presenta la corrupción frente al resto de los delitos que hacen a la seguridad, más visibles y “comunes” que los de **guante o cuello blanco**.<sup>xxxiv</sup> Además, los robos, los homicidios violentos y los abusos sexuales, están marcados muchas veces por la marginalidad, la vulnerabilidad, la pobreza y el problema del consumo de drogas. Se hace alusión a estos como “delitos comunes” Sin embargo, y en lo pareciese ser un simple juego de palabras, las últimas tendencias van camino a considerar al delincuente “político” como delincuente “común” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2008:498).

En aquel ámbito es que se habla de los conceptos de *derecho penal de autor*, *derecho penal del enemigo*, *selectividad personal discriminatoria*, *peligrosidad*, (NINO, 1980:260); y a problemas derivados de las llamadas *guerra al delincuente* (ZAFFARONI, 2005:14) o *ataque a los aprovechadores* (GARGARELLA:99); o a los procesos de *sobrecriminización y estigmatización* (NINO, 1980:260). Con respecto a esta clase de delitos es que se ha afirmado que “*el exceso de poder punitivo es la confesión de la incapacidad estatal para resolver su conflictividad social*” (ZAFFARONI, 2005:9).<sup>xxxv</sup>

En cambio, las figuras de corrupción se desenvuelven en “otro nivel”, ajeno, en principio, a la selectividad propia de las agencias del poder estatal que denuncia cierto sector de la doctrina. Se visualiza así una primera gran particularidad de esta clase de delitos. Un aparente obstáculo. No le sería aplicable, en principio, todo el bagaje

desarrollado en miras de los problemas de la política criminal para mejorar la convivencia o atacar la inseguridad en el sentido de **seguridad urbana**. Esta es, en definitiva, donde se posan los ojos de la política criminal de la seguridad que obviamente es la que preocupa a la ciudadanía pues es la que se lleva materialmente las vidas de las personas en un robo callejero<sup>xxxvi</sup>.

Sin embargo, hay un punto de encuentro: algunos delincuentes de *cuello blanco* forman parte de la trama económica e ilegal constituida por una red que opera a través de los delitos urbanos (CIAFARDINI,2000:9). Piénsese, por ejemplo, en el robo de autopartes, en el tráfico de droga, de armas y en otras conductas que requieren de la delincuencia organizada donde el último eslabón es el que se presenta como visible.

Ahora bien. Cabe efectuar algunas aclaraciones.

En primer lugar, la seguridad no debe limitarse a lo que entendemos vulgarmente por seguridad ciudadana o callejera en el sentido de prevención del delito urbano<sup>xxxvii</sup>. Esa es una reducción simplista que se ha afianzado debido al reiterado y generalizado uso policíaco y mediático de la “seguridad”. La acepción de “seguridad” que surge del preámbulo de la Constitución Nacional es mucho más amplia que la que se utiliza en la agenda mediática. Recuérdese que incluso entre los abogados se habla de “seguridad jurídica”, y de otras seguridades...

En segundo lugar, y a la manera de desafío, muchos de aquellos desarrollos pueden transportarse a nuestra temática, teniendo en cuenta, claro está, la especificidad que nos condiciona en todo momento.<sup>xxxviii</sup> Así, y siempre aclarando que el ladrón de *cuello blanco* se maneja en un ámbito distinto al del ladrón de “gorra negra”, podríamos hablar de una **“tolerancia cero” para la corrupción**<sup>xxxix</sup>. O de un ataque al corrupto y de la guerra al delincuente; y hasta por qué no, de un **enemigo de la honestidad**<sup>xl</sup>. Incluso podríamos invocar un **derecho penal de autor**: el político corrupto al que se lo condena de antemano por pertenecer a ese grupo social.<sup>xli</sup>

No obstante, hay un dato de imposible comparación: las penas de los delitos de contra la administración pública son generalmente leves y cortas en relación a las otras, especialmente aquellas que se relacionan con la inseguridad, la violencia callejera y el delito urbano.

**El pacto de silencio estatizado.**

Llegamos ahora a la segunda mirada útil para determinar las cualidades específicas que tienen que ver con el tipo de delitos que se encuentran alcanzados por el art. 41 ter. Ya dijimos que se trata de figuras que tienen en común su pertenencia a la criminalidad compleja y organizada, o bien a ciertas problemáticas sociales que justifican el trato diferenciado.

Ahora bien, también existen rasgos distintivos que se presentan porque a partir de la última reforma la figura se aplica a los delitos de corrupción.

En los términos ya analizados, entonces, la figura del arrepentido viene a pretender facilitar, más que la ruptura de las organizaciones criminales, la denuncia e investigación de los delitos de corrupción que los funcionarios hayan cometido cuando podían tener impunidad para ello. En ese marco, es indispensable comprender que se trata de hechos de muy difícil dilucidación e investigación, y especialmente, que versan sobre actos de corrupción que raramente serán denunciados o dados a conocer. En este “pacto de silencio” no solo no abundan las denuncias, sino que ante el caso de que ese acuerdo (tácito o expreso) se rompa o la *notitia del criminis* llegue a oídos del órgano acusador, de todos modos, por culpa de aquella complejidad, será complicada la investigación y el procesamiento de otros partícipes.

En ese marco es que para ser aplicada a los casos de corrupción aparece la figura del arrepentido, ya conocida por su navegación en otros mares. Perdón: “lares”.

### La víctima invisible (“la corrupción mata”).

Otro rasgo distintivo que califica a los delitos de corrupción por sobre muchos de los otros contemplados en la ley es la carencia de una víctima concreta que pueda reclamar, denunciar y constituirse, eventualmente, en particular damnificado o querellante. Como vimos, la mayoría de las figuras se encuentran dentro del título de “**delitos contra administración pública**”, concebida ésta como el bien jurídico a tutelar.<sup>xiii</sup> El titular de ese bien está representado en el Estado mismo. Más precisamente, en uno de los elementos de ese Estado como comunidad política: la correcta administración de la cosa pública por parte del gobierno.

Pero ello no implica que los actos de corrupción no tengan víctimas, puesto que se trata, en todo caso, de un ente colectivo compuesto por damnificados invisibles e indeterminados. Sin perjuicio de ello, y de que en definitiva “la víctima seamos todos”,

cabe destacar que la corrupción, como problema endémico de nuestro país, puede traer aparejadas ciertas consecuencias que tangencialmente se hace incluso de víctimas tangibles. En esos casos, no hay víctimas ni damnificados directos de acuerdo a la estructura tradicional de las figuras delictivas, pero sí hay gente que sale perdiendo. El perjuicio social se verifica igualmente en la realidad aún cuando esos resultados dañosos no guarden nexo de causalidad adecuada con el acto de corrupción propiamente dicho<sup>xliii</sup>. Veamos:

Existe una fuerte concepción social que entiende que la corrupción genera resultados mediatos o indirectos que no podrían de ningún modo justificarse ni siquiera a la manera de **“daños colaterales”**. De ese modo, la corrupción genera efectos en la política misma, y en la vida social y económica de un país. Lo hace también en la infraestructura, en las obras (que no se hacen), en los medicamentos que no se compran y en la vida de los ciudadanos que se ven reemplazadas por las comodidades de los gobernantes de turno.<sup>xliv</sup> Los recursos que van a parar a los bolsillos de los pocos que hacen del poder público el vehículo de sus aspiraciones personales egoístas; no serán destinados a los hospitales, a los programas sociales, ni al mejoramiento de las condiciones de los habitantes.<sup>xlv</sup> Dicho de otro modo, la corrupción es un problema que afecta de modo transversal el efectivo ejercicio de todos los derechos (BARAGLI:10).

Genera aquellos resultados incluso hasta en situaciones concretas como ha ocurrido - comprobado judicialmente - en la **tragedia de Once**, o en la de **Croghanon**<sup>xlvi</sup>. A partir de allí no para de aclamarse que la corrupción no solo es un problema de dinero sino que además: **“la corrupción mata”**. Es es la misma opinión que mantiene Ernesto Sanz en **“Apuntes...”** (SANZ:151).

Lamentablemente, ello es así más allá de que el titular del bien jurídico protegido en estas figuras esté representado por entes abstractos.

En una idea que permite una mirada aún mucho más integral, podríamos decir incluso que el futuro y la prosperidad de un país felizmente dependen de la honestidad de sus gobernantes; o que, lastimosamente, sucumben por la corrupción de sus actos. En una plasmación derivada de esa idea, el conocido periodista Jorge Lanata, en su libro **“10 K, la década robada, datos y hechos en los años de la grieta”** (Planeta, 2014) explica que **“la década robada no refiere solo a la corrupción; es, también, la década desaprovechada”**;

porque *“nunca antes las condiciones objetivas de crecimiento para la argentina fueron mejores”* (LANATA:9).

Hugo Alconada Mon, asegura que la corrupción es ***“La Raíz de todos los males...”***, tal como tituló su último libro.

Sin embargo, debe aclararse que en las antípodas están aquellos que piensan que siempre habrá niveles de corrupción – tolerables – y que se trata, de alguna manera, de un “mal necesario”. Como modo de contestación a ello, Sanz reconoce que *“hay quienes creen que la corrupción es un dato de la realidad y un mal inevitable”* (SANZ:151).

Martín Caparrós, en *“Argentinismos, las palabras de la patria”* (Planeta, 2011) critica esa tendencia general de atribuirle todos los males a la corrupción, y agrega que ella se ha transformado en algo utilísimo para esquivar los verdaderos problemas y “el fin de cualquier debate” (CAPARRÓS:170). El autor refiere que a esa forma de ver las cosas se la denomina ***“honestismo”***.

El licenciado y periodista, en una llamativa pero no menos interesante posición, se opone así a la *absolutéz* de aquellas conclusiones. Sostiene que lo que define a la salud o a la educación argentina no es que quienes tengan a su cargo la organización de esas carteras roben, sino la elección política que se haga con respecto a la esencia de esas prestaciones públicas.<sup>xlvii</sup> Llega a decir, mediante el estilo que lo caracteriza, que muchos van a la fácil y hablan de corrupción, temperamento al que califica como ***“el curro de la corrupción”*** en alusión a otro artículo que él mismo escribió (CAPARRÓS:173).

Para ilustrar este pensamiento, en otros pasajes de su publicación, Caparrós define al ***“honestismo”*** de la siguiente manera:

**sust, mas, sing, argentinismo: *“La convicción de que – casi – todos los males de la Argentina actual son producto de la corrupción en general y de la corrupción de los políticos en particular”*** (CAPARRÓS:169).

## La víctima difusa no tan difusa.

Habíamos desvariado hasta aquí bajo la excusa de contemplar a un sujeto de la problemática penal a veces demasiado olvidado: la víctima. Volvamos para retomar: Un



actor o referente político-criminal importantísimo de nuestros días está representado, en términos genéricos, por las **asociaciones de víctimas** o familiares de ellas. Estos grupos surgen al amparo de los intereses comunes en juego, y en pos de los reclamos de justicia y otras respuestas estatales.

Como ejemplos, podemos citar el surgimiento de grupos de víctimas que se conformaron como ONG 's: "Madres del dolor", "Usina de Justicia", ante determinados delitos como los secuestros, los accidentes, las picadas de automóviles, los homicidios, los casos de "gatillo fácil", delitos contra la integridad sexual, trata de personas, violencia contra las mujeres y femicidio, etc...

Ahora bien. Aunque pareciera difícil determinar quiénes podrían integrarlos, también existen entidades extra-gubernamentales que bregan por la prevención y subsidiariamente, la aplicación de justicia en los casos de corrupción. Se trata de organismos civiles que, ya sea en forma específica o conjuntamente con otros fines, buscan la transparencia y la participación ciudadana en la información para en definitiva prevenir la corrupción; a la par que lo hacen los organismos oficiales tales como la **Oficina Anticorrupción** o las fiscalías especializadas. Estas asociaciones, aún cuando lo sea a modo de reclamo genérico y para la implementación de medidas sociales; están siendo, de a poco, aceptadas para constituirse como querellantes en casos de corrupción.

Representan a la sociedad con esa finalidad diversas asociaciones: la AAEC (Asociación Argentina de Ética y Compliance); Fundación Poder Ciudadano (que pertenece a Transparency International); el CIPPEC (Centro de implementación de Políticas Públicas para la Igualdad y el Crecimiento); la Asociación Civil Anticorrupción, entre otros organismos.

La **Fundación Poder Ciudadano**, fue el único organismo que a través de su Director Ejecutivo **Pablo Secchi** (*Licenciado en Ciencias Políticas*), presentó una opinión en el proceso de discusión del Anteproyecto de 2014 relativa a la figura del arrepentido. Este aporte no tuvo mayor anclaje debido a que el Anteproyecto después careció de estado parlamentario ni se llegaron a discutir las observaciones formuladas a su contenido, que nunca se convirtió en "proyecto".

En ese marco, los integrantes de la Fundación Poder Ciudadano sostuvieron lo siguiente:

“En el ámbito jurídico-penal la expresión “arrepentido” se refiere a quien ha participado en la ejecución de un acto prohibido por la ley y luego aporta pruebas para esclarecer el hecho delictivo e individualizar a los otros intervinientes responsables ante la ley penal, o para prevenir su consumación, o detectar otros hechos conexos, todo ello a cambio de una pena mucho más leve que la que prevé la ley penal para el hecho que ejecutó. No se exige que el imputado se haya arrepentido de su actuar, sino simplemente se le requiere –porque se lo necesita– que aporte datos que permitan investigar otros hechos y otras personas a cambio de lo cual se lo premia con una quita de pena. El arrepentimiento –tanto a nivel local como internacional– se encuentra regulado solo para ciertos delitos, en general para casos particularmente graves, como por ejemplo: terrorismo, narcotráfico, sedición, secuestros extorsivos, etc. En el caso de Argentina, existen varios institutos que conllevan algún tipo de arrepentimiento por parte del autor. Sin embargo, aún no se ha dado cumplimiento con la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, que en su artículo 37 prevé que “[...] Cada Estado parte considerará la posibilidad de prever, en casos apropiados, la mitigación de la pena de toda persona acusada que preste cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención [...]”.

### La ley de (y para) los profanos (*emulando el título de la obra de Lila Caimari*).

Por otro lado, resulta llamativo que las políticas que puedan aplicarse para luchar contra la corrupción pública deban ser implementadas por los mismos gobernantes que serán alcanzados por ellas; a modo de lo que podríamos denominar un **autocontrol - selfcontrol** - (AFTALION:46).

En efecto, el trámite de la ley del arrepentido en el Congreso estuvo marcado por asiduos debates en este sentido, desde que se trata de una figura que alcanza, sin dudas, a los mismos funcionarios públicos que forman parte de los grupos políticos que la votan. Ello porque como dijimos, el debate se montó principalmente en derredor de la necesidad de mejorar la investigación en los delitos cometidos en perjuicio de la administración pública (GONZÁLEZ DA SILVA,2017:26).

La primera gran paradoja es, entonces, que los corruptos forman parte de los mismos gobiernos que participan en los procesos y deberían promover la reducción de los niveles de corrupción. Al respecto, y peor aún, Alejandro Carrió sostiene escépticamente que “*Ésta (la autoridad), quien lo duda, es corrupta, arbitraria, no sigue las reglas que ella misma fija, discrimina y trata despectivamente a los más débiles*” (CARRIÓ,2008:95). Se trata de una paradoja política y político-criminal a la vez. ¿Por esto será que se le llaman “presos políticos”?



**Primero las ideas, después los partidos, y por último los hombres** (*emulando las palabras del ex presidente Alfonsín*).

En otro carril, entendemos que el estudio de una reforma legislativa no puede hacerse a espaldas del análisis de las ideologías políticas en pugna.<sup>xlviii</sup> En especial, las del partido gobernante que intentará plasmar sus principales objetivos en el ordenamiento jurídico.

Como se ha visto verificado en los últimos meses, el nuevo partido gobernante en nuestro país tomó la decisión política de conformar una comisión para la reforma integral del Código Penal, que desde el llano adelantamos que en aquella dicotomía irá en el sentido opuesto al de los dos intentos anteriores de 2006 y 2014. El gobierno planea y comenzó a implementar además una serie de reformas a nivel de leyes de fondo y procesal que indican un marcado sesgo de limitación de los derechos de los imputados y condenados en pos de la revalorización y mayor participación de las víctimas<sup>xlix</sup>.

Asimismo, y fundamentalmente, la ley del arrepentido comenzó a ser discutida y pensada para su aplicación a los casos de corrupción recién cuando el gobierno cambió de signo *¿Quién no estaría en condiciones de afirmar que si los resultados electorarios de 2015 hubieran sido otros, la figura del arrepentido hubiera sido modificada en los mismos términos?*

Es en este contexto político partidario en que se sancionó la ley del arrepentido para su aplicación a los casos de corrupción. Se inmiscuyen así en la escena las cuestiones sectoriales derivadas de la pertenencia de los sospechados a uno u otro **partido político**.

Por ello creemos que no es posible de ninguna manera desentender la política criminal de los ideales, las plataformas partidarias y las personas que componen las facciones políticas.<sup>1</sup>

Por lo demás, ningún ciudadano podría acceder a los cargos públicos electivos si no es a través de su presentación a comicios a través de las alianzas electorales o los **partidos políticos**. Estos últimos, como lo establece la Constitución Nacional desde la reforma de 1994 en el art. 38, *“son instituciones fundamentales del sistema democrático”*.

Como consecuencia de ello, la política partidaria también es parte de la política general, y por tanto, de alguna fracción de la política criminal.

Por ello es importante hacer de la lucha contra la corrupción una bandera no partidaria, lo cual incluye que exista, por ejemplo, libertad de expresión no mediatizada por la distribución arbitraria de la pauta publicitaria y transparencia en el financiamiento de las campañas electorales, en donde las facciones requieren de los recursos necesarios (SANZ:152).

Lo que no comprenden los hombres que buscan el poder es que la política partidaria no debería prevalecer por sobre los ideales, la honestidad y la lucha contra la corrupción. Por el contrario, los políticos creen que son parte de un partido en primer término; que después son políticos; que luego son legisladores y representantes del pueblo; y por último, personas de carne y hueso. Debería ser todo al revés. Ello representa uno de las principales razones del problema de la crisis de representatividad de la democracia actual (FRAGA:45). Caparrós, además de la irónica definición de “política” que ya vimos, sostiene que en esos casos no existe la política. Y agrega que los partidos políticos son solo un conglomerado de gente que busca quedarse en el poder y dicen lo que la gente quiere oír con la única finalidad de ganar las elecciones (CAPARRÓS:34).

La grieta de la que tanto se ha hablado en los últimos años ha llegado a tal punto que se alude, en la actualidad y como consecuencia del avance de algunas de las causas de corrupción, a la “**persecución política**” y a los “**presos políticos**”. Veremos más adelante que Atienza pone el ojo en los problemas que pueden surgir cuando los objetivos sociales de la ley pueden no ser claros (ATIENZA:226).

### **Delitos especiales merecen consecuencias especiales.**

En esta concepción también subyace la idea de que los delitos de corrupción son tan relevantes desde el punto de vista político que trascienden los canones del Derecho Penal clásico y a la perspectiva orientada a los delitos comunes; a la manera de los delitos de *lesa humanidad* u otros asimilables contra el derecho de gentes.

Ello implica poner en discusión la viabilidad de aplicar algunas de las consecuencias procesales relevantes que no se aplican a los delitos comunes, como las relativas a la **imprescriptibilidad** (a), la **retroactividad de la ley penal más benigna** (b) y el **ne bis in idem** (c), entre otras:

**a) Imprescriptibilidad:** De la mano de la especialidad con que busca calificarse a los delitos de corrupción, hay algunas voces que sostienen que no deberían observarse

las disposiciones relativas a la prescripción, tal como ocurre en los casos de *lesa humanidad* y últimamente con los abusos sexuales infantiles (reformas de las leyes N° 26.705, 27.147 y 27.206 al sistema de prescripciones del Código Penal). Es decir, se pretende que los delitos de corrupción detenten una acción penal imprescriptible. En esa línea, en intención que no creemos que prospere, la Cámara de Diputados había incluido en varios proyectos la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción. Asimismo, en 2016 hubo un fallo en donde se declaró la imprescriptibilidad de la acción penal por estos delitos en función del contenido del art. 36 de la Constitución Nacional y de las convenciones internacionales (*Fallo “Miralles” (2006), Sala II de la Cámara Federal de La Plata, voto jueces Schiffrin y Calitri, sentencia del 6 de octubre de 2016, expediente FLP 3290/2005 (Reg. Int. N° 3344), caratulado: “M.D.M. y otros s/ 296 en función del 292, 172, 54 y 55 CP”*).

Finalmente, cabe destacar que mediante sentencia del 29 de agosto de 2018, la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por los jueces Mariano Borinsky, Juan Carlos Gemignani y Gustavo Hornos, se pronunció por la imprescriptibilidad de los delitos de corrupción pública invocando principalmente el art. 36 de la Constitución Nacional en cuanto prevé la imprescriptibilidad de la acción penal nacida como consecuencia de la ejecución de **“un grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento”** (Causa CFP 12099/1998/TO1/12/CFC8 del registro de esta Sala, caratulada “COSSIO, Ricardo Juan Alfredo y otros s/ recurso de casación”).

#### **b) El principio de legalidad y la retroactividad de la ley penal más benigna:**

Justamente, en el marco de la discusión de la **ley de responsabilidad de las personas jurídicas** que fue finalmente sancionada el 8 de noviembre de 2017, se trató como una cuestión dilemática la posible aplicación de las consecuencias del acuerdo de colaboración eficaz a hechos anteriores. Fue un punto de arduo debate y de idas y venidas del proyecto entre los senadores de la cámara alta y los diputados de la cámara baja del Congreso Nacional. Ello posibilitaría obtener información sobre hechos previos a la sanción de la ley (llamado artículo “Odebrecht”). Ya veremos más adelante que una reforma, y especialmente la inflación legislativa, producen efectos en relación a la aplicación del art. 2 del Código Penal. Especialmente se plantea esta situación en relación a la “ley de extinción de dominio”, en razón de la controversia que surge acerca de si sus consecuencias pueden ser aplicadas a los hechos anteriores a su sanción.

Cabe aclarar que el 21 de enero de 2019 el presidente Macri sancionó, como decreto de necesidad y urgencia, el régimen procesal de la acción civil autónoma de extinción de dominio (Decreto DNU 62/2019).

**c) La prohibición de la persecución penal múltiple o doble juzgamiento:** En cuanto al *ne bis in idem*, sabido es que en Derecho Penal, en virtud de la posibilidad de revisar las sentencias mediante la **acción de revisión**, no existe en rigor la autoridad de **cosa juzgada material**, sino sólo la **cosa juzgada formal**. Pero ello solamente está instituido en favor del acusado y/o condenado, y no se podría invocar en su perjuicio.<sup>li</sup> Cuando la sentencia de cualquier instancia que se encuentre firme involucra una absolución o un sobreseimiento, no podrá volverse sobre esos pasos y el proceso habrá “precluido” en forma definitiva. Allí juega a su favor el principio *ne bis in idem* o la **prohibición de la doble persecución penal**<sup>lii</sup>. Entonces, nadie imaginaría, hasta ahora, que quien fue juzgado y absuelto por un delito de corrupción pueda ser vuelto a juzgar cuando se verifique que quien tuvo a su cargo la investigación o juzgamiento actuó también en forma corrupta. Ante ello, todo defensor oficioso opondría, y con razón, la excepción de falta de acción por una latente violación a la garantía de la *prohibición de doble persecución penal*. El *ne bis in idem* pareciera que no puede ser sorteado en ningún caso. Sin embargo, en los últimos años se han venido efectuando denuncias y peticiones en el sentido contrario valiéndose de la teoría de la **cosa juzgada írrita** o **cosa juzgada fraudulenta**. En base a ella se brega por el desarrollo de una cierta jurisprudencia que estimaría que si se comprueba que hubo un delito para procurar la impunidad en un expediente de corrupción, la absolución o el sobreseimiento serían anulados y por ende la causa debería reabrirse.<sup>liii</sup> Entonces, la sentencia que derive de tal proceso sería nula, y por tanto no tendría virtualidad la oposición o excepción que invoque el *ne bis in idem*, pues el proceso seguiría su curso, debiendo apartarse incluso al juez que prevaricó.<sup>liv</sup>

Hicimos así un repaso por lo que entendemos representan las características específicas de nuestra temática frente al resto de los hechos tipificados en el Código Penal y las leyes complementarias.

Ahora sí, para desarrollar de manera algo ordenada y en profundidad las implicancias político-criminales de la ley modificatoria y su producto, nos avocaremos al tratamiento de diez puntos cuya elección resulta, desde luego, algo discrecional, aunque guiada por los contenidos que aborda la Política Criminal. Para vehicular los diversos niveles de análisis, utilizaremos principalmente la propuesta que Manuel Atienza realizó en el capítulo VI de *“Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico”*. Allí, mediante el rótulo de *“Nacionales y extranjeros. Las (sin) razones de una discriminación”* el autor español analizó los diversos niveles de racionalidad que son **a) lingüística; b) jurídico-formal; c) pragmática; d) teleológica; e) ética.**<sup>lv</sup>

Estos ejes temáticos son:

1. Contexto sociocultural;
2. Los medios masivos de comunicación y la formación de la opinión pública;
3. El art. 41 ter como herramienta en la lucha contra la corrupción (*nivel de racionalidad teleológico*);
4. Las palabras de la ley (*nivel de racionalidad lingüístico*);
5. La ley del arrepentido en el contexto normativo y constitucional (*nivel de racionalidad jurídico-formal*);
6. La ley del arrepentido desde el enfoque de la técnica legislativa;
7. La inflación legislativa y la velocidad del cambio normativo;
8. La cuestión ética (*nivel de racionalidad axiológico*);
9. La aplicación de la ley del arrepentido en la práctica (*nivel pragmático*);
10. ¿Un nuevo paradigma?

## 1. Contexto sociocultural.

Es imposible comprender el sentido de las leyes y las demás instituciones de una República si no se estudia en profundidad el molde sobre el cual estas se apoyan y las bases de donde afloran.

En ese sentido es que se habla de un ***Derecho Penal contextualizado*** en donde la política criminal no puede dejar de estudiar la realidad que se verifica en los ámbitos espacial y temporal determinados. Tenemos así dos dimensiones que deben analizarse

siempre que se estudie un producto legislativo: la dimensión territorial (horizontal), y la histórica (vertical). Ello adquiere singular relevancia si se trata de un producto del derecho positivo: porque de acuerdo a la construcción de Kelsen, determinada ley está “puesta” en un lugar y en un momento determinados (derecho positivo).

Pocos penalistas estudian las leyes tratando de comprender primero los entornos sociales, culturales, económicos y tecnológicos de donde nacen y en los que se ellas se aplicarán.<sup>lvi</sup> La mayoría de los dogmáticos se circunscriben a las cuestiones jurídicas dando espaldas a los problemas reales. Tratemos, pues, de no caer en la misma tentación.

En esa línea, no pueden soslayarse datos reales tan relevantes como autóctonos para comprender nuestra problemática.

La Argentina es, todavía, un país en desarrollo (o “emergente”) pero generoso en reservas de riqueza y recursos naturales. De ello surge la idea de que en realidad la plata sobra y como ocurrió con la *argenta* de aquellos tiempos de la colonia, mientras las arcas fiscales son saqueadas, el país subsiste a fuerza de generación de más y más riqueza.<sup>lvii</sup>

Pisamos un país con tierra y climas insuperables a nivel mundial, pero sin embargo el resultado final es muy pobre, lo cual demuestra que en algún punto hemos fallado y la estamos *pifiando* (AFTALIÓN:87). En conclusión, como dice Raúl Prebisch, la Argentina es un país en desarrollo por propia voluntad (AFTALIÓN:88).

Asimismo, cabe destacar que Latinoamérica constituye una de las zonas que a nivel mundial registra los mayores índices de corrupción. Ni hablar de Argentina. A nivel regional estamos ubicados solo por debajo de algunos sectores de Asia y de los países de África (FRAGA:27).<sup>lviii</sup>

Pero más precisamente, y circunscribiendo ahora la problemática a nuestro momento histórico más próximo, importa destacar que la reforma de la ley 27.304 ocurre en un momento caracterizado por una coyuntura política y social peculiar, compleja y agrietada. Se trata de una etapa de transición marcada por las denuncias de corrupción más grandes y abundantes de la historia de nuestro país.

Si bien la corrupción ha existido siempre y en todos los lugares, tal como ha sido plasmado en el fallo “Miralles” ya invocado, en las últimas décadas se trata de un problema endémico que según algunos autores “ha llegado a niveles intolerables”.<sup>lix</sup>



La ley del arrepentido, como cualquier otra norma, es, entonces, el producto de un determinado **momento histórico** (GONZÁLEZ DA SILVA,2017:25).

Ahora bien, más allá de las realidades con las que nos encontramos, estimamos hacer referencia a una cuestión más bien cultural que propone entender algunas razones mediante la comprensión de la **idiosincrasia argentina** (el “ser” argento).

Muchos abogados “sociológicos” o sociólogos se han referido a este problema para en definitiva entender que la corrupción estructural en la Argentina encuentra sus raíces en una derivación de lo que se ha dado en llamar “**la viveza criolla**”, equivalente a la “chantada”. Entre estos pensadores encontramos a Carlos Nino, a Alejandro Carrió y a Marcelo Aftalión. Este último, junto a Noguera y Mora y Araujo se ha preguntado ya hace tres décadas, por esta y otras muchas cuestiones **¿Qué nos pasa a los argentinos?**

Ernest Sanz, aunque desde una mirada política muy marcada (referente al radicalismo en el nuevo gobierno), sostuvo en su libro “*Apuntes de Trabajo para la Argentina que viene*”, que los Argentinos aceptamos la corrupción como un signo más de nuestra idiosincrasia (SANZ:151 y 156).

En el pensamiento de Alejandro Carrió, por ejemplo, justamente la corrupción es el resultado, o quizá el último escalón de esa “viveza criolla”:

**“... adelantarnos en una cola, mirar para otro lado cuando nuestro perro ensucia la vereda, conseguir “acomodo” para que nuestro trámite vaya más rápido (postergando así al del “no acomodado”), la exigencia del funcionario de una “comisión” para aprobar un trámite público, y el particular pagarla...”** (CARRIÓ,2008:18).

La viveza criolla es algo similar a lo que para Aftalión representa “la chantada” argentina y/o el curro como el “*argentine way of life*”: el ser nacional, nuestro estilo de vida, nuestro “modus operandi” (AFTALIÓN:73/87).

Ejemplos: el acceso a los trámites, a los servicios públicos y a los cargos; se encuentra mediatizado por **el amiguismo**, los acomodos, la arbitrariedad, y el “dedo salvador”. En el caso de los cargos laborales o funciones se trata del famoso “elegido a dedo”. Si queremos acceder a determinado cargo u obtener algún beneficio pareciera que ineludiblemente obtendremos mayor provecho o celeridad si tenemos amigos o

“conocemos a alguien”. Buscar un amigo para conseguir una vacante en la escuela, evitar hacer las colas en los bancos, conseguir una designación docente en la facultad, “arreglar” con un policía que nos descubrió en una infracción (SANZ:156).

Carrió sostiene al respecto que se ha desarrollado un “verdadero culto por el concepto de amiguismo”, al cual califica como “natural antesala de la corrupción” (CARRIÓ,2008:65). De modo similar, Nino alude a la “moral de la amistad”.

Hugo Alconada Mon, en “La Piñata”, trató el tema del “**capitalismo de amigos**”. En efecto, denominó a su libro “*La Piñata, el ABC de la corrupción, de la burguesía nacional kirchnerista y del capitalismo de amigos*” (libro de editorial Planeta).

Y esta viveza criolla no es solo patrimonio de los particulares sino también de los gobernantes, a quienes, alimentados por la permisividad de esas prácticas y el autoritarismo que los representados prefieren, buscan sacar ventaja permanentemente.<sup>ix</sup>

Y lo peor es que esas formas de comportamiento se encuentran, al igual que la anomia en Nino, generalizadas. Y peor aún: naturalizadas. En la Argentina existe la convicción común de que todos los políticos son corruptos, pero sin embargo nada hacemos (CAPARRÓS:32). Todo lo contrario, los argentinos consentimos el curro como si fuera algo inevitable (AFTALIÓN:82). Sanz ha sostenido que la tolerancia social a ciertos niveles de corrupción se vincula al desprecio por las normas en la vida cotidiana, característica propia de la anomia (SANZ:152).

Está impregnado en nosotros que es más fácil hacer la plata dulce que trabajar honradamente. Nos sentimos más vivos si nos colamos en la cola y nadie se dio cuenta; y parecemos unos genios si la multa no la pagamos porque nos salvó un amigo “que está adentro”. Como dice Discépolo en Siglo XX Cambalache “*el que no afana es un gil*”.

En la misma dirección, estimamos que golpeará más fuerte el ego de un argentino que lo tilden de “gil” o “pelotudo” que el mal que pudiera provocarle que lo llamen “hdp” o algún calificativo similar.

Nino también sostiene que en la sociedad argentina la corrupción está generalizada, a la vez que advierte que ello es peligroso en tanto altera el buen funcionamiento del sistema económico y de la competencia del mercado (NINO,1992:111).

Estamos, pues, ante un proceso de **desinstitucionalización** (En realidad venimos de ese proceso desde que bajamos de los barcos). A la falta de funcionamiento eficaz de las instituciones se le llama **disarquía**, que está a un paso de la anarquía (AFTALIÓN:84).



Además, cuando la ilegalidad está bien vista, los comportamientos individuales y sociales se tornan imprevisibles y “lo anormal se convierte en normal” (AFTALIÓN:16). Desde esta perspectiva es que se verifica una situación de **anomia**, pues se trata de situaciones que aún cuando tengan una norma jurídica legal que procure regularlas, no se encuentra apoyo alguno en normas claras que permitan pautar la conducta de las interacciones sociales (AFTALIÓN:81). Por tanto, no hay previsibilidad sobre las conductas individuales y colectivas de las personas.

Dijo René Favalaro: *“Parece increíble, pero acá hay veces que los honestos tienen que dar más explicaciones que los corruptos”*.

Como consecuencia de esa naturalidad y aceptación tácita, la población se vuelve apática para reclamar lo justo, y más triste aún: en el sentir popular el que reclama es el que está “desviado” (¿corrupto?) porque la chantada está aceptada e incluso es aplaudida.<sup>lxi</sup>

De modo que la “oveja negra” será quien quiera transitar por el camino correcto, es decir, el del respecto a las instituciones tal para lo que fueron instauradas.<sup>lxii</sup>

En relación con el poder, los ciudadanos prefieren un gobernante firme y que demuestre autoridad por sobre las prácticas de la honestidad. El famoso **“roban pero hacen”**. El pueblo argentino, en ese sentido, está compuesto mayoritariamente por corderitos y ovejitas, sumisos consumidores de lo que en realidad también haríamos si llegamos al poder.

***“Frente a un estado que administra mal y nos sacude con muestras frecuentes de corrupción, la respuesta de la ciudadanía es en muchos casos un espejo de esa misma ilegalidad que denunciemos”*** (CARRIÓ,2008:96).

Sin embargo, este no es un problema de exclusiva propiedad de los administradores públicos. Los altos niveles de burocracia y corrupción, principalmente basada en el “amiguismo” al que hicimos referencia, se mantienen incluso en las prácticas llevadas a cabo por los entes privatizados de prestación de servicios públicos (CARRIÓ,2008:20). La **burocracia** también genera oportunidades para la corrupción (CARRIÓ,2008:66).

Siguiendo las ideas sobre la anomia de Nino en “Un país al margen de la ley”, Alejandro Carrió enseña:

***"Mientras no aceptemos que el desprecio por las reglas es generalizado, que cuando se atacan las instituciones la República se debilita, y que todo eso incide directamente en nuestra calidad de vida, las posibilidades de cambios se alejarán de nosotros cada vez más"*** (CARRIÓ,2008:19).

En fin, para erradicar la corrupción y los males que como argentinos padecemos, todas las herramientas de lucha en su contra pueden resultar fútiles si no se cambian las estructuras de pensamiento radicalmente argentas. Es decir, que será inútil si los argentinos no cambiamos la calidad de vida y la forma en que nos relacionamos. Pero ello importaría, como las políticas públicas serias, una modificación estructural (CARRIÓ,2008:19).

***"Creo que nos falta, como pueblo, una mayor cultura que nos despierte a las consecuencias de seguir insistiendo con nuestros mecanismos de autojustificación"*** (CARRIÓ,2008:48).

### **¿Y el arrepentido?**

Frente a ello, la delación o el arrepentimiento no podrían formar parte del folklore argentino porque en cualquier circunstancia delatar estaría mal reputado, máxime cuando es entre colegas y compañeros.

Desde pequeños nos enseñan que es preferible dejar copiar a un compañero que delatarlo ante "la seño". En algún recoveco de la axiología de la infancia eso es, y no está mal, un indicador del mejor de los compañerismos. Luego, para los argentinos adultos, hacer eso será de "bocina", "botonazo", pues entre caballeros y damas "siempre hay que negarlo todo".

Pero salvemos las enormes distancias. Una cosa es copiarse en un examen o cubrir al "pata de lana" y otra cometer un delito de esta calaña.

Pareciera que el amiguismo se mantiene en esas circunstancias. Y es más, en los contextos de la delincuencia organizada, compleja y jerarquizada, existe el "código" de que si alguien cae, debe soportarlo solo, pues se sabe de ante mano que se trata de un riesgo previsible. Ni hablar de las consecuencias que las organizaciones criminales que se dedican al tráfico de droga, personas y órganos, pueden llegar a aplicar sobre los desertores.

Sin embargo, en situaciones críticas, y especialmente en el mundo de la corrupción política, el argentino *“del cuenta propia”*, también sabedor del *“sálvese quien pueda”*, puede hacer uso de herramientas como la del delator premiado.

En la política que para todo lo da, no hace falta hacer mayores comentarios sobre las deserciones, los pases de bando o las traiciones. Hay políticos que desde el devenir de la democracia han transitado por todos los partidos habidos y por haber. Y hay otros que han sido elegidos por un electorado al cual el propio elegido prontamente traicionó.

En la jerga política argentina a esa traición (pase hacia las filas enemigas) se la ha denominado *“borocotearse”*. Se trata, de alguna manera, de una derivación de la crisis de representatividad.

Justamente, la figura del arrepentido pretende esquivar todos estos obstáculos y por ello puede resultar eficaz en algún sentido, del cual nos ocuparemos más adelante.

En consecuencia, ya sea como incentivo, como venganza, o por lo que fuere, los arrepentimientos y las delaciones, como la de Judas a Cristo, pueden llegar a proliferar, más temprano que nunca, como las flores en la primavera (*“Dice mi padre que un solo traidor, puede con mil valientes”* – *“Adagio a mi país”*, de Alfredo Zitarrosa).

## 2. Los MMC y la formación de la opinión pública.

Un factor de ineludible peso en los ingredientes político-criminales de un pueblo está constituido por la incidencia de los **medios masivos de comunicación (MMC o MASS media)** como formadores, potenciadores o bien meros receptores de la **opinión pública** (DÍEZ RIPOLLÉS, 2013:28).

Con el enfoque que nos interesa destacar, Rosendo Fraga, en directa alusión a la televisión, afirmó, ya hace tiempo, que a partir de los años '90 se ha dado una **“mediatización de la política”** donde: *“Los medios de comunicación se han convertido en el gran escenario o teatro de operaciones de los políticos”* (FRAGA:44). A ello cabría agregar que especialmente en lo que hace al crimen, la televisión en particular y los MMC en general detentan un rol importantísimo.

Hoy en día, la web, las redes sociales y hasta el *whatsapp* constituyen los ejes de la circulación masiva de las comunicaciones. Concentran el cúmulo más importante y rápido de la información y de las noticias. Ello se debe a la multidireccionalidad que las caracteriza y al modo de reproducción exponencial que poseen por sobre la aritmética

y/o la geométrica, propia de las comunicaciones bilaterales.<sup>lxiii</sup> ¿Quién no vio la detención del ex Vicepresidente primero en un video ilegalmente reproducido mediante *whatsapp*? ¿Y a quien no le llegó primero por *Facebook* o *whatsapp* algún *meme* alusivo a la detención del ex Ministro de Planificación? Qué levante la mano quién....

Sin embargo, los diarios, la radio y la televisión continúan detentando una importante tarea en la formación de la opinión pública porque, a diferencia de las redes, son unidireccionales<sup>lxiv</sup>. Además, la opinión pública, tal como ocurre con la política misma y los MMC, se encuentra globalizada (FRAGA:33/75).

En Europa, Pierre Bourdieu en “*Sobre la Televisión*”, Giovanni Sartori en “*El Homo Videns*”, y Pablo Sirven en nuestro medio a través de “*Quien te ha visto y quien TV*”, han escrito sobre la televisión analizando cuestiones sociológicas que hoy podrían ser extendidas a los modernos MMC y a las redes sociales. Por ello, también debe advertirse la relevancia de los medios audiovisuales actuales y las implicancias de las nuevas tecnologías frente a los postulados que Sartori y Bourdieu atribuyeran a la televisión tradicional como uno de los MASS Media más influyentes en la opinión pública.

Describiré aquí ciertas características del medio televisivo, que resultarán de interés para el desarrollo del abordaje de nuestra problemática.

Años atrás, tanto **Pierre Bourdieu** en “*Sobre la Televisión*” como **Giovanni Sartori** en “*El Homo Videns*”, aunque no se refirieran expresamente a la problemática de la corrupción en sus respectivos países europeos, coincidieron en asignar ciertas características al medio por entonces dominante, ampliamente difundido y globalizado (década de 1990). En la Argentina, el periodista **Pablo Sirven** en “*Quien te ha visto y quien TV*”, aunque desde otro enfoque, ha reformulado algunos de aquellos parámetros en nuestro medio.

Especialmente, Sartori, mediante la descripción de la influencia del medio a los televidentes y los conceptos de “*ser digitales*”, “*progreso tecnológico*”, “*imagen*”, y tantos otros; sugirió que el crecimiento de la T.V. (y de otras derivaciones técnicas) ha venido a transformar al **Homo Sapiens** - *que conoce por la palabra* – en un **HOMO VIDENS** - *que se nutre de la mirada y la imagen* -. Agrega que ello conduce a una pérdida en la capacidad de abstracción y que por ende produce una limitación en el entendimiento y empobrece la capacidad de pensamiento genuino y crítico.

Ahora bien. No obstante la aparición y reproducción de las nuevas tecnologías, la televisión, además de haberse afianzado como el medio de mayor accesibilidad<sup>lxv</sup>, se estableció como el de mayor consumo, desde que, teniendo el aparato constantemente prendido, nos invade en todos los aspectos de nuestra vida, nos informa las noticias que ocurren en el mundo al momento, e incide singularmente en la opinión pública que de ese modo sería “hetero” y “tele” dirigida, cuando no en el peor de los casos, conduciría a desvirtuar la veracidad de la información a través de la **desinformación**, la **subinformación**, o la creación de diversas “sensaciones”.

Si bien muchas de las aludidas como TIC’s no configuran medios masivos de comunicación propiamente dichos, se valen de su estructura como herramienta comunicativa; y en virtud de ello, merecen ser analizadas también como formadoras de opinión pública.

En definitiva, y más allá de las discusiones en torno a la *influenciabilidad* de la opinión pública, creemos que los **Mass Media** ocupan sus espacios con lo que la gente quiere ver, porque en definitiva el *rating* manda.

Sería algo así como decir que “**el fin justifica (a) los medios**”.

Ahora bien, como adelantamos, no obstante el campo ganado por las nuevas tecnologías, entendemos que la televisión sigue siendo el medio predominante, y bajo esa premisa, debemos analizar su influencia en nuestra materia. Partimos de la base de que la política criminal, y dentro de ella las ideologías y perspectivas que rodean las opiniones sobre la corrupción, como la de todos los delitos, se encuentran atravesadas por los medios masivos de comunicación. Ellos deciden la agenda y los temas que desean resaltar para que influyan en mayor medida en la opinión pública (DÍEZ RIPOLLÉS, 2013:28). A ese punto se ha llegado a hablar de la existencia de grupos de presión mediáticos (DÍEZ RIPOLLÉS, 2013:34).

En este sentido, interesa analizar el rol de los medios de comunicación audiovisual y su influencia en la agenda político-criminal relacionada con los hechos y la lucha contra la corrupción. Para ello, resulta ineludible efectuar, nuevamente, una comparación con el rol que ejercen en relación a los delitos urbanos.

La “**hiper-influencia**” de los casos policiales con repercusión mediática en el poder político, que pasan a ser incluso de ese modo “**casos disparadores**” de ciertas reformas. Como ejemplo: Caso Sebastián Cabello, Caso Bulacio, Caso Fabián Tablado,

Caso María Soledad Morales, Caso Sandra Gamboa, Caso Axel Blumberg, Caso Whanda Tadei, el caso del cuádruple homicidio de La Plata, entre otros.

Ello, claro está, tiene el inconveniente de que desde la prensa amarillista y oportunista, el dolor se muestre como una “**espectacularización**” y sea presentado como una “**tragedia o como hecho sangriento**” o como un simple “**hecho policial**” (TOLEDO:4) que sesga los rasgos esenciales e impide profundizar en la problemática de fondo.

La masificación, relevancia y reiteración de estos acontecimientos produce otra consecuencia: la conformación de grupos de víctimas o familiares de víctimas que bregan por la efectivización de ciertas reformas legales. Ya hemos hechos referencia a estas asociaciones.

En este sentido, es que la más de las veces y especialmente en la última década, las decisiones político-criminales estuvieron encaminadas a reformar las leyes penales otorgando mayor poder punitivo al Estado. Entre los factores que inciden en esa determinación, los penalistas aluden a la incidencia de los **mass media**, que al respecto detentan una posición privilegiada y el poder para instalar un mensaje en la sociedad (CESANO:5).

No obstante lo expuesto, debe destacarse que también desde lo mediático, hay voces que si bien no representan a la mayoría del electorado ni a la opinión pública, se alzan contra la posibilidad de agravar las penas en los delitos. Así, Zaffaroni, conocido en el medio por ser el director y promotor del estudio de la “**criminología mediática**” (*aunque lo sea preferentemente en relación a la estigmatización y criminalización de la marginalidad y la pobreza*), ha intentado demostrar que el poder punitivo “se burla” de la sociedad cuando produce reformas legales contrarias al derecho penal mínimo como resultado de ciertas luchas antidiscriminatorias. Desde esa tribuna, se brega porque la sociedad (entre quienes se destacan aquellos que poseen el loable esfuerzo por luchar contra la corrupción) no debe legitimar el discurso de la “**represivización**” propia de la “**criminología mediática**”<sup>lxvi</sup> o los políticos necesitados (ZAFFARONI,2005:37)<sup>lxvii</sup>.

Así, pese a que siempre existieron como tales, ciertos delitos, entre los que se encuentran los actos de corrupción, en la actualidad son conocidos por toda la población debido a la labor de los medios masivos. Ello lo es, lo sigue siendo, principalmente por la televisión, porque es “gracias” a ella que un caso resonante perdura la mayoría de las



horas de una jornada y por varios días al frente de las noticias, aunque al final todo el mundo se olvide de él (Por citar un ejemplo, el caso de los cuadernos Gloria).

Incluso cada uno de ellos acapara no solamente el lapso o sector destinado a los noticiarios, sino también el previsto originariamente para programas televisivos de otros rubros tales como los de espectáculos, de recreación o de “chimentos”, configurando una suerte de **“farandulización”** de la criminalidad, como modo de parafrasear a la **“farandulización de la política”**.<sup>lxviii</sup>

En los últimos años y de manera creciente, se fueron dando a conocer por los MMC ciertos casos de corrupción que pusieron la temática sobre la mesa. Y en los últimos días, pareciese que alimentados por algún tipo de morbo, la mayoría de los argentinos está esperando que algún funcionario más del último gobierno haga uso de la figura del arrepentido.

Por su parte, la utilización del recurso del arrepentido en algunos de los casos de corrupción podría estimular su aplicación mediante la producción del **efecto imitación** o **“copy-cat”**, aunque aquí lo sería de modo inverso al conocido.<sup>lxix</sup>

Finalmente, haremos referencia a otra situación que presenta singular interés: **Hugo Alconada Mon**, en su último libro titulado **“La raíz de todos los males...”**, en alusión a la corrupción, destinó un espacio específico para abordar el rol de los periodistas en el capítulo 8 que tituló “Cómo el periodismo es parte del problema”. Este autor, yendo incluso un poco más en profundidad en esta perspectiva, sostiene en su último libro, y en un capítulo específicamente dedicado a ello, que el periodismo es parte del problema. Concluye así que en gran medida algunos de los periodistas son – por acción u omisión – protagonistas y hasta generadores de la corrupción.

Primero porque muchos periodistas son corruptos y están tarifados para proteger a algunos hombres del poder como sindicalistas y políticos, o para crear campañas negativas o positivas y así perjudicar al enemigo o beneficiar al amigo (favoreciendo con comentarios, ocultando ciertos datos, realizando reportajes livianos o con preguntas triviales y/o pautadas de antemano, escondiendo o privilegiando determinadas noticias, e incluso hasta creando noticias o información falsas mediante las llamadas **“fake news”**, etc...). Pero también dice que los representantes del “cuarto poder” colaboran con la corrupción mediante diversas acciones como no denunciar, aprovecharse del reparto de

la pauta publicitaria oficial. Explica que la asignación o no de la publicidad oficial es utilizada como zanahoria o como látigo y se adjudica con criterios discriminatorios que afectan la libertad de expresión. Finalmente, hay que destacar que el autor aclara que muchos periodistas no son parte del problema (ALCONADA MON).

Entonces, la corrupción conforma un sistema conformado incluso por los medios masivos de comunicación, calificados como “el cuarto poder” por su influencia en la opinión pública.

### 3. El art. 41 ter como herramienta en la lucha contra la corrupción.

Como lo analizamos más arriba, la principal finalidad de la reforma de la ley 27.304 fue establecer la institución del arrepentido también para los delitos de corrupción. De paso cañazo, fue una oportunidad aprovechada para unificar el régimen de la figura cuya regulación ahora se encuentra concentrada en el art. 41 ter del Código Penal. ¿O fue al revés? No lo creemos, al menos por lo que surge de la exposición de motivos que más adelante analizaremos.

Hablar de los objetivos de la ley, o de los legisladores, implica analizar el producto normativo desde el punto de vista del nivel de **racionalidad teleológica**, según la construcción sugerida por Atienza.<sup>lxx</sup> Este autor está convencido que desde la perspectiva de este nivel las leyes no son otra cosa que instrumentos para alcanzar determinados **objetivos sociales** (ATIENZA:223).

En este sentido, explica que una ley puede ser idónea para alcanzar determinado fin o satisfacer determinados propósitos (eficacia pretendida), pero no surtir los efectos deseados por la falta de eficiencia social (ATIENZA:223). Esas finalidades pueden ser manifiestas, en el sentido de declaradas expresamente por los legisladores, o bien latentes, en el sentido de implícitas o no expresamente declaradas (ATIENZA:226). Esos son los objetivos implícitos que toda norma posee.

El autor español también pone el ojo en los problemas que pueden surgir cuando los objetivos sociales de la ley pueden no ser claros (ATIENZA:226).

Ahora bien. En nuestro caso, la finalidad visible no debe confundirse con la finalidad subyacente que en definitiva es la esencial. Mientras el resultado de la ley es el producto que se quiso sancionar como objetivo explícito, la finalidad última es bajar - o

prevenir - los niveles de impunidad en los casos de corrupción pública (finalidad oculta según Atienza).

Como correlato de ello, la determinación de la finalidad de una ley resultará de utilidad para desentrañar los alcances del texto legal de acuerdo al **método de interpretación teleológica o auténtica**, en el momento en que surjan problemas de ese tipo.<sup>lxxi</sup>

Incluso, en ese marco, los fundamentos de la leyes, que no integran su contenido específico, pueden resultar de suma utilidad para determinar la finalidad del legislador y en consecuencia ser utilizados como criterio interpretativo (ATIENZA:228).<sup>lxxii</sup>

Como rara vez ocurre en el mundo jurídico, la misma ley en su articulado, reconoce expresamente la existencia de finalidades. Precisamente, a los efectos de valorar la eficacia de los datos aportados por el arrepentido como criterio para la adjudicación de los beneficios, el inc. “d” del art. 5 de la ley habla de **“la utilidad de la información aportada para alcanzar las finalidades previstas”**.

Aquí se refiere a las finalidades inmediatas que surgen del art. 41 ter, es decir, la información brindada por el arrepentido tiene que ser útil para:

- “- evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito;**
- esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos;**
- revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos investigados o de otros conexos;**
- proporcionar datos suficientes que permitan un significativo avance de la investigación o el paradero de víctimas privadas de su libertad;**
- averiguar el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito;**
- o indicar las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos en el presente artículo” (el 41 ter).**

Reiteramos que fundamentalmente y como base de todo ello, la finalidad última se relaciona más bien con la **lucha contra la corrupción** en general.

En este capítulo, estudiaremos, más que la idoneidad en su aplicación concreta, las finalidades abstractas de la modificación que operó mediante la ley 27.304.

Dijimos también que la ley “de paso” uniformó la figura del arrepentido. A diferencia de otras reformas, se trata de un propósito concreto que incluso acarrió la

modificación y derogación de otras leyes con la finalidad de unificar el régimen del arrepentido para todos los supuestos. Es decir, hasta 2016 había varias figuras del arrepentido para diversas familias de delitos contempladas en diversas normas. En la actualidad, la institución es una sola para todos los supuestos que se encuentran alcanzados, y está concentrada en una disposición que incluso contempla el procedimiento a seguir en su implementación concreta.

Con lo dicho hasta aquí podemos afirmar que la figura del arrepentido constituye, al menos desde las intenciones de quienes concurrieron a formar y sancionar la ley, una herramienta fundamental para la lucha contra la corrupción que tiene como fin último bajar los niveles de esta problemática político-social.<sup>lxxiii</sup>

Las reflexiones sobre las finalidades de la ley no deben entonces limitarse a la consideración de su producto legislativo, sino trascender a las otras cuestiones que también, según vimos, integran las implicancias político-criminales. En ese sentido es que como lo hemos dicho, uno de los objetivos de la política criminal debe ser sin lugar a dudas construir un derecho penal eficaz para la protección de todos sus aspectos (RICHI:15). En efecto, la figura del arrepentido es una de las herramientas que se estimulan como **instrumento político-criminal** para bajar los niveles de impunidad en los hechos contra la administración pública (DOMENECH,2016:152).

Y ello lo es fundamentalmente porque se trata de un instrumento atípico y desconocido por el derecho penal clásico. Ilustrativo de ello es que está en el **art. 41 ter**, y no surge del Código original. De todos modos, esto no implica que no hayan existido antecedentes en la historia. Excedería de los límites de este trabajo hacer referencia a los antecedentes - que se remontan al derecho romano – de los institutos similares que pudieron haber tenido algún parentesco cercano con la figura del arrepentido tal como la conocemos hoy, máximo cuando sean representativos de los sistemas inquisitivos que se sucedieron históricamente.

Como herramienta, es una forma bastante específica que busca contrarrestar las especificidades analizadas que caracterizan a esta clase de hechos. Esas **particularidades** que, frente a lo que ocurre en los delitos comunes, se presentan como obstáculos para una eficaz realización del derecho penal. Volvamos ahora a pensar estas dificultades ordenándolas de acuerdo a un criterio en el que se tenga en cuenta el campo de donde provienen sus causas. Se trata de **obstáculos** de orden político u

origen social, por un lado, y dificultades de corte procesal, por otro, que hacen, en definitiva, a la impunidad que detentan los políticos corruptos o la esperanza de impunidad con la que se manejan.

#### Obstáculos políticos y sociales (abstractos o materiales):

- La generalización, naturalización y aceptación ciudadana de la corruptela por razones culturales y relativas a la idiosincrasia de los argentinos.
- Los políticos que deben impulsar la lucha contra la corrupción pública pertenecen al mismo sector - profesional y/o partidario - que aquellos a los cuales están destinadas las medidas (herramientas y sanciones), y que pueden ser objeto de ellas.
- En el momento en el que los funcionarios públicos comenten los actos de corrupción se encuentran, generalmente, a cargo del poder que conlleva concentración de recursos de todo tipo.
- La delincuencia organizada y jerarquizada.
- La delincuencia compleja.
- La globalización y la internacionalización de los actos de corrupción y sus consecuencias.<sup>lxxiv</sup>

#### Obstáculos procesales o formales:

- La falta de visualización de los actos constitutivos de los delitos.
- La inexistencia de víctimas tangibles y directas que puedan reclamar por sentirse vulneradas en sus derechos.
- Las dificultades derivadas de las prerrogativas o privilegios que detentan los funcionarios públicos frente al “ciudadano de a pie”.
- Y la **ausencia de denuncias genuinas**. Esto es lo que más nos interesa en lo que hace a las relaciones entre las particularidades de la corrupción y el colaborador eficaz. Lo más difícil en la lucha contra la corrupción es la problemática de la **investigación**, y sobre todo la de sus primeros momentos, pues quién denuncia fue cómplice en la organización o bien porque las dos partes (corruptos y corrompido) son parte del mismo delito.

Todos estos obstáculos, ya sea de carácter endémico o formal, generan la necesidad de que para luchar contra la corrupción deban buscarse herramientas que en otros ámbitos serían impensados.

Ese objetivo específico se evidencia expresamente en la ley en un inciso del art. 5 ya citado; pero también palmariamente en la inclusión de la única de las estafas que efectúa la ley en el catálogo de delitos: el **fraude en perjuicio de la administración pública** tipificado en el *inc. 5º del art. 174 del Código Penal*.

Más aún, en la diferenciación entre corrupción pública y privada, la ley pareciese haber tomado partido por incluir los actos de **corrupción pública**, independientemente del alcance a los delitos cometidos por las organizaciones criminales que no son otra cosa que “mafias privadas”.

Demostración de ello es que aproximadamente las  $\frac{3}{4}$  partes de las figuras que se extraen de los delitos integrados en el inc. “h” del art. 41 ter tienen como sujetos activos a funcionarios públicos.<sup>lxxv</sup>

En este marco, cabe aclarar que incluso antes de que se operara la extensión, algunas voces sostenían que de todos modos la figura del arrepentido podía implementarse igualmente a los casos de corrupción. Ello se efectuaba en base a una interpretación forzada de las palabras de la ley 25.241 en tanto hacía referencia a los “**delitos conexos**”. Esa ley, hoy derogada, tenía la finalidad de instituir la figura del arrepentido favoreciendo a quienes ayudaren a “*esclarecer el hecho objeto de investigación*” (art. 213 ter) u otros conexos”. Entonces, esta posición entendía que si bien esa norma estaba dirigida a establecer la institución del **colaborador eficaz** con respecto a los **hechos de terrorismo** (incluso el terrorismo financiero) contemplados en el art. 213 ter del Código Penal; al aludir a los “**delitos conexos**” se verían alcanzados ciertos actos de corrupción (art. 2 de la ley 25.241).

También es importante tener en cuenta que la constitución del arrepentido o colaborador eficaz viene de la mano con otras figuras tales como las de **testigo protegido o encubierto**, **agente encubierto**, **agente revelador e informante**, y la **entrega vigilada** (regulados principalmente por las leyes 24.424 y 27.319). Volveremos a invocar estas figuras relacionadas al tratar las implicancias éticas en derredor de la delación premiada.

Además, la ley del arrepentido es parte de un conjunto de iniciativas que el PEN mandó al congreso para su aprobación, junto a las figuras de la citada ley 27.319 y la modificación del procedimiento para los casos de flagrancia mediante ley 27.272, entre otras (GONZÁLEZ DA SILVA, 2017:25).



También forman parte de este paquete la **ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas** a la que ya hemos hecho referencia.

Y finalmente, otra verdadera herramienta político-criminal: la “**ley de extinción del dominio**” que aún se encuentra en discusión parlamentaria. El proyecto pretende, a la manera de un decomiso específico, regular la procedencia del recupero, procedimiento y destino de los bienes obtenidos mediante actos de corrupción.<sup>lxxvi</sup>

Una consecuencia penal similar a la pretendida por la ley de extinción podría proceder en virtud de la regulación genérica del decomiso.<sup>lxxvii</sup> Sin embargo, la pretendida regulación específica sugiere la finalidad político-criminal de atacar con mayor fuerza los productos de la corrupción, que pareciera no se agota en la sanción sino en la necesidad de que “**devuelvan lo que se robaron**”.

Justamente, el proyecto de **ley de extinción del dominio** actualmente en danza propone que la devolución de las ganancias habidas en forma ilícita trascienda a la condena y al proceso penal. En ese sentido, otorga una acción autónoma e imprescriptible para el recupero de los bienes a favor del Estado, mediante un proceso expedito independiente del proceso penal principal en el que se ventila la cuestión de fondo. Otro dato relevante desde la perspectiva de nuestra materia es que el proyecto estipula que los resultados de su aplicación estén destinados (entre otras políticas públicas), al fortalecimiento de la **prevención, investigación y persecución de los delitos contra la administración pública**, como asimismo al desarrollo de programas educativos y a la asistencia, rehabilitación e inserción de las víctimas. Pero lo criticable es que la propuesta supone la recuperación de activos de la corrupción mediante una especie de *decomiso preventivo* que ni siquiera constituye una medida cautelar. Esta medida dispone la “expropiación” sin necesidad de que el funcionario haya sido condenado mediante sentencia firme (BLANCO CORDERO).<sup>lxxviii</sup>

Ya adelantamos que el 21 de enero de 2019 el presidente Mauricio Macri sancionó, como Decreto de Necesidad y Urgencia (por su contenido legislativo material), el “**Régimen procesal de la acción civil autónoma de extinción de dominio**” (Decreto DNU 62/2019).

La ley 27.401 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas, establece que procede el **decomiso** general del art. 23 del Código Penal ante condenas de ese tipo.<sup>lxxix</sup> Pero específicamente, dentro de los requisitos que hacen al contenido

del acuerdo de colaboración, y en lo que demuestra la íntima relación entre ambas consecuencias jurídicas, especifica como condiciones:

- *Restituir las cosas o ganancias que sean el producto o el provecho del delito (Inc. "b" art. 18).*

- *Abandonar en favor del Estado los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena (Inc. "c" art. 18).*

En definitiva, la finalidad última de la reforma operada mediante la ley 27.304 se encuentra compartida con la de otras leyes, de modo que aquella eficacia deberá analizarse en forma parcializada. Es decir, la ley del arrepentido no constituirá el fin de todos los males de la corrupción; ni la idoneidad de la lucha contra ese flagelo podrá medirse únicamente a través suyo.

Desde la perspectiva político-criminal y a los efectos de ponderar los objetivos de las leyes bajo sus presupuestos, resulta de suma utilidad recurrir al análisis de los fundamentos o de la exposición de motivos de las leyes o los proyectos. Al analizar la **ley de extranjería de España**, Atienza sostenía que las finalidades de la ley aparecen manifiestas (expresamente) en los **preámbulos** y en las **discusiones parlamentarias** (ATIENZA:226). En nuestro ámbito estos instrumentos están registrados en los **libros de debates**, en los **diarios de sesiones**, o en las **elevaciones** que efectúa el PEN al Congreso o viceversa. Todos, partes del complejo trámite de la formación y sanción de las leyes. Como adelantamos, todas estas piezas resultan esenciales a la hora de determinar el verdadero alcance que debe darse al texto de una ley cuando la **interpretación gramatical** o **exegética** no alcanza.

Veamos que se ha dicho por fuera del contenido específico de la ley en trato:

Del informe emitido por las comisiones legislativas involucradas, surge que "la finalidad es permitir la atenuación o exención de pena en aquellas personas incurso en hechos de corrupción que suministraren información útil que permita avanzar con la investigación posibilitando la detención de mayores responsables involucrados en la actividad. Así las cosas, resulta de vital importancia la adopción de dicha figura con la finalidad de dotar de eficacia a la prevención y lucha contra los delitos de que se trata y de fortalecer las instituciones democráticas evitando el desgaste, menoscabo y desconfianza moral de la sociedad".

Por otro lado, en los fundamentos del proyecto de la diputada Graciela Camaño,

específicamente destinado a implementar la figura del arrepentido en los casos de corrupción, se había dicho que justamente ello era necesario para combatir eficazmente la corrupción, considerada como una plaga, a más de ya encontrarse previsto para otros delitos, como los de la ley 23.737 (Estupefacientes), los de la ley 26.364 (Prevención y sanción de la trata de personas) y los de la ley 25.241 (Hechos de terrorismo).

Más precisamente, el debate en el proceso de la ley se montó principalmente sobre la necesidad de **mejorar la investigación en los delitos cometidos en perjuicio de la administración pública** (GONZÁLEZ DA SILVA, 2017:26). En ese marco, las discusiones discurrieron por todas las variantes, llegando incluso a basarse en la alusión a los nombres propios que conformaran el actual y el anterior gobierno. Esto último da cuenta de lo que decíamos más arriba en cuanto a que se trata de una temática que excede de la política criminal para adentrarse en las cuestiones propias de la política y hasta la política partidaria, que en definitiva están todas amalgamadas.<sup>lxxx</sup>

En consecuencia, el análisis teleológico se centra en la eficacia que se pretende como resultado de una decisión político-criminal. En ese marco, nos preguntamos una vez más **¿el fin justifica los medios?**<sup>lxxxi</sup> Volveremos sobre este interrogante más adelante a la hora de abordar la eficacia concreta de la implementación de la figura y las cuestiones axiológicas que involucra (nivel de racionalidad ética).

#### 4. Las palabras de la ley.

Aquí es donde abordaremos el **nivel de racionalidad lingüística**.<sup>lxxxii</sup> Atienza dice que la racionalidad lingüística implica *“que la legislación se ve como un proceso de comunicación, y a ley como una serie de enunciados – el mensaje o contenido de la comunicación – que deben ser suficientemente claros, de manera que no contengan términos o frases ambiguas o conceptos intolerablemente vagos”* (ATIENZA:201).

Nos detendremos entonces ahora en las implicancias y vicisitudes que surgen de la forma en que se manifiesta el derecho: **el lenguaje**. Se trata de abordar especialmente los problemas o las propiedades del **lenguaje natural**, que en palabras de Nino alcanzan a la **ambigüedad, vaguedad, textura abierta y fuerza de las oraciones**.

Estas características se deben, en definitiva, a la vaguedad y/o la ambigüedad con que están formuladas las figuras penales y el resto de las disposiciones que conforman el

Derecho Penal. Todas las normas, desde el punto de vista sintáctico o semántico, no se valen más que del lenguaje natural en el que están escritas.

También están las **normas Iram** para la legislación, que si bien no abordan las problemáticas que Atienza sí estudia en los niveles de racionalidad ética y pragmática, establecen reglas para los **modos de la escritura** y los **recursos paratextuales**. Contrariamente, entre las **Checklisten** no se encuentra alguna relacionada específicamente al texto de la ley, aunque Leiva Fernández en su libro trata en forma pormenoriza la cuestión de la escritura desde los diversos enfoques de la técnica legislativa que apuntalaremos en este capítulo.

No es del caso aquí realizar un **análisis gramatical** de todo el texto legal sino mostrar algunas cuestiones que nos puedan resultar interesantes desde el análisis político-criminal y desde la técnica legislativa que también se integra con el lenguaje de la ley que intenta transmitir un mensaje. Paradójicamente, a partir de este abordaje es que realizaremos algunas referencias a las cuestiones propiamente jurídicas que surgen de la ley y especialmente del art. 41 ter. Efectuada esta aclaración, trataremos los siguientes problemas detectados: **a) La referencia a la escala de la tentativa; b) La falta de precisión en la alusión a los “partícipes”; y c) Otras vaguedades:**

#### **a) La referencia a la escala de la tentativa:**

La disposición en trato, al decir que “*las escalas penales podrán reducirse a las de la tentativa*” con respecto a quien preste colaboración, remite a una cuestión que históricamente ha traído algunos problemas de interpretación en función de la **ambigüedad sintáctica** que surge del contenido del **art. 44 del Código Penal**.<sup>lxxxiii</sup> En ese marco, hubiese sido conveniente que se dijera específicamente cuál era la reducción que podría operar, en tanto remite a otra norma que a su vez es problemática aún hasta en la actualidad. Sin embargo, la **inseguridad jurídica** se minimiza por dos razones. Por un lado, en la actualidad parece haber ganado terreno una de las tesis sobre la interpretación de la actual fórmula de art. 44. Y por otro, se perfilan vientos de cambio: en los dos Anteproyectos de reforma integral del Código Penal inmediatamente anteriores se modificó la fórmula de la escala reducida con la finalidad de despejar esas dudas históricas.<sup>lxxxiv</sup> En efecto, las fórmulas previstas hubiesen borrado de un plumazo todos los problemas interpretativos. En consecuencia, el **Anteproyecto de 2018/2019**

mantiene esa intención, aún cuando, como adelantamos, la figura del arrepentido se mantenga idéntica a la que ya plasmó la ley de 2016.

Esta previsión además, desde el enfoque de la técnica legislativa, es criticable porque al remitir al contenido de otra norma carece de **autonomía y autosuficiencia** (LEIVA FERNÁNDEZ:119).

#### **b) La falta de precisión en la alusión a los “partícipes”.**

El art. 41 ter utiliza dos veces el vocablo “**partícipes**”. En contraste con las **formas de participación** que establece la ley en el régimen de los arts. 45 y ss. del Código Penal, podríamos preguntarnos ¿a qué partícipes se refiere?, ¿involucra a todos los partícipes o solo a los cómplices primarios o necesarios?. La palabra gozaría de cierto grado de vaguedad. Pareciese, en principio, que intenta englobar a todos los partícipes, puesto que como se dice siempre, si la ley no distingue, no habría por qué discriminar.

Ahora bien. En relación a la primera referencia del vocablo no surgirían mayores problemas puesto que como estaba legislado en los antecedentes, la idea es que alguien que tuvo un grado de menor intervención delate a otro de mayor. Es decir, se podía delatar a quien tuviere un grado de participación mayor que el que se arrepiente, o al menos, el mismo nivel. El problema mayor surge en cuanto al alcance que se le asigne a la segunda referencia, en tanto la figura requiere que la información aportada sea eficaz, de modo que contribuya, entre otras posibles cosas, “...a revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos investigados o de otros conexos...”. Se trata aquí del partícipe que es delatado, mientras que el primero era el arrepentido.

La solución, sin embargo, parece brindarla el ya estudiado art. 3 de la ley 27.304, que sin integrar el texto del art. 41 ter establece que “*La información que se aporte deberá referirse únicamente a los hechos ilícitos de los que haya sido partícipe y a sujetos cuya responsabilidad penal sea igual o mayor a la del imputado arrepentido.*” No obstante, el problema persiste en tanto se trata de una cláusula incluida fuera de la norma de fondo que se trasladó al Código Penal y entre las normas procesales de la reforma que pueden reputarse de carácter estrictamente local y por tanto dejadas de lado por las provincias que se acoplen a este régimen. Se convierte así en un **problema de**

**accesibilidad** que se estudia en este mismo nivel o de **relación jerárquica** entre diversas normas (*nivel de racionalidad jurídico-formal*).

Y en esta problemática interpretativa es donde se entrelazan otras cuestiones que luego veremos en el *nivel de racionalidad ética*, ya que a partir de una interpretación amplia se podría incluir la delación de partícipes de inferior grado de intervención en la organización criminal, que es justamente lo que los antecedentes quisieron evitar.<sup>lxxxv</sup> En ese mismo sentido, la ley 26.364 sobre trata de personas, al reformar el art. 41 ter, había establecido que “*Sólo podrán gozar de este beneficio quienes tengan una responsabilidad penal inferior a la de las personas a quienes identifiquen*”.

Sin embargo, la información que se aporte deberá referirse únicamente a los hechos ilícitos de los que haya sido partícipe y a sujetos cuya responsabilidad penal sea igual o mayor a la del imputado arrepentido.

### c) Otras vaguedades:

Por otra parte, pueden padecer de cierto grado de **vaguedad** las referencias a la calidad de información y a la condición de que los arrepentidos brinden información o datos “precisos”, “comprobables”, “verosímiles” y “suficientes”. ¿Hasta donde los datos son “suficientes”? La palabra utilizada (“significativo”) para cualificar al avance de investigación es también elástica e imprecisa.

Por otro lado, entre las normas procesales de la ley 27.304 se hace referencia a la *vedette* de todas las vaguedades: la **gravedad** de los hechos o los delitos.<sup>lxxxvi</sup> ¿Cuándo un delito deja de ser leve para convertirse en grave?

En efecto, deberán ser los jueces los que tendrán que evaluar en cada caso la eficacia de esas cualidades de la información con la finalidad de evacuar la posible vaguedad de los términos.

También son vagas, por razones *témporo-jurídicas* que no es del caso abordar aquí, las referencias al “comienzo”, a la “permanencia” y a la “consumación” de un delito. Lo mismo sucede con el alcance que se le pretenda dar a “delitos conexos”.

Por el contrario, la nómina de los delitos que se encuentran alcanzados por la información que deba brindar el arrepentido no ofrece mayores problemas puesto que están precisamente enumerados cardinalmente. Los tendrán, obviamente, hoy o en el futuro si se reforman esas disposiciones, en caso de que las mismas figuras contengan expresiones vagas o ambiguas.



Sin perjuicio de estos problemas, entendemos que la escritura de la norma en estudio es **sistemática** y el lenguaje utilizado fue claramente escrito, aunque no principalmente destinado al ciudadano. Al respecto, cabe destacar que es de toda buena política criminal que las normas que están dirigidas a todos los habitantes sean lo suficientemente claras como para ser cooptadas por todos “los ciudadanos de a pie” y no solamente por los operadores jurídicos. Recordemos que la ley del arrepentido, como todas, se reputa, a partir de su publicación, **conocida por todos**, ante lo cual se requiere ineludiblemente que sea de fácil entendimiento. En este sentido, entendemos que el **lenguaje utilizado** es claro, aunque contiene algunos tecnicismos propios de la disciplina jurídica, como los relativos a los partícipes, coautores, etc...

En este nivel es factible estudiar también la **estructura** que hace a la **accesibilidad de la ley** (ATIENZA:202). Esto se relaciona íntimamente con lo que veremos más adelante sobre las cuestiones puramente de técnica legislativa y las consecuencias disvaliosas de las reformas parciales. Sin embargo, aquí interesa destacar que en general la ley resulta accesible especialmente porque ha venido a unificar el régimen del arrepentido para todos los supuestos que antes se encontraban dispersos.

Excepción de ello es que la norma se integra con contenidos fundiales, por un lado, y procesales por otro. Es más, algunas reglamentaciones del proceso y de la calidad de la información que debe brindar el informante no integran el art. 41 ter de modo que podrían ser dejados de lado o regulados diferentemente por las legislaciones locales. Un ejemplo de ello es lo que vimos con respecto al alcance del “partícipe”.

De acuerdo a lo que propone Atienza, la accesibilidad se relaciona fundamentalmente con la **estructura de la ley** y los **recursos paratextuales** que se utilicen para su presentación.

Al respecto, cabe destacar que el **art. 41 ter** está incluido en un título que es totalmente ajeno a su contenido (*Título V, “Imputabilidad”*), lo cual dificulta altamente su accesibilidad y avistaje. También se ubica a renglón seguido de las normas que reglamentan las pautas para la individualización judicial de la pena (*arts. 40 y 41*). Está precedida de una **agravante genérica** (*art. 41 bis*) y se antepone a la formulación de otras (*arts. 41 quater, quinquies y próximamente un sexies*). Por ello es que se podría hacer referencia a la reducción de la ley del arrepentido como una “**atenuante**

**genérica**". Es decir, de alguna manera, una atenuante no tan genérica entre las agravantes genéricas.

Una mención específica merece la singularidad – hoy ya no tan singular – que detenta nuestra principal disposición. Se trata de un "ter", a la manera de las calles de La Plata que se cuelan entre los números enteros y las leyes "y ½" que existen en nuestro ordenamiento nacional (LEIVA FERNÁNDEZ:41).<sup>lxxxvii</sup> En rigor, los "bis", los "ter", etc., significan, como los bis de los estribillos de los temas musicales, "dos veces", "tres veces" y así sucesivamente. Y ello no es lo que se corresponde exactamente con la técnica legislativa utilizada (LEIVA FERNÁNDEZ:40). No obstante, este es el camino que se ha encontrado para no alterar, ante cada reforma parcial, el orden numérico de los artículos, sobre todo cuando la referencia cardinal es conocida en el ámbito de los operadores jurídicos, lo cual hace también a su accesibilidad.<sup>lxxxviii</sup>

De entre los **recursos paratextuales**, el artículo, como unidad normativa, está dividido en párrafos que reflejan un orden. Quizá peque de una extensión no deseada, pero contiene lo mínimo necesario que deberá ser reglamentado por las jurisdicciones locales. En salvaguarda de esa falta de abreviación, podría haber sido conveniente utilizar incisos (LEIVA FERNÁNDEZ:121) o subdividir la norma de alguna otra manera mediante lo que se conoce como **"divisiones inferiores al artículo"** (LEIVA FERNÁNDEZ:141). Asimismo, y respetando el método del código al cual se inserta, no está encabezado por un **rótulo** que lo identifique a primera vista, ni posee destacados que faciliten su visualización (negritas, mayúsculas, etc)<sup>lxxxix</sup>. Ello hubiese representado la aplicación de un recurso que es aconsejado y de buena técnica legislativa ya que permite conocer el contenido de un artículo observando a vuelo de pájaro su **titulación** o **copete**. De ahí que desde la perspectiva de las buenas prácticas en materia de técnica legislativa se recomiende identificar y no numerar, o hacer ambas cosas (LEIVA FERNÁNDEZ:39).

Por su parte, la ley también es escueta y no se encuentra dividida en títulos ni capítulos. Ello conlleva que no contenga **divisiones superiores al articulado** que descompongan la trama lógica de ordenamiento de la materia (LEIVA FERNÁNDEZ:97). Sin embargo, a diferencia del artículo incorporado al Código, los legisladores procedieron a rotular cada una de las disposiciones a modo de copete escrito en letra cursiva o itálica.<sup>xc</sup> Esto último, que también intentó hacer el Anteproyecto de 2014 con todas sus disposiciones, sin dudas, es altamente conveniente.

Finalmente, en este nivel, entendemos de utilidad hacer una referencia a las palabras elegidas por el legislador para cualificar al colaborador eficaz y dar a conocer la ley. El **título de la ley** constituye el nombre oficial, sirve para identificarla y citarla, e indica el contenido y el tema sobre el que versa (LEIVA FERNÁNDEZ:29).

Pero en el vocablo que se elija para hacer referencia al sujeto que colabora, subyace también, de alguna manera, la intención o la ideología del legislador. En ese sentido, el título que se asigne a la ley puede tener un valor hermenéutico (LEIVA FERNÁNDEZ:47). Es la importancia de la carga semántica de las palabras. Algo así como lo que Borges entendió en Jacinto Chiclana, cuando cantó *“lo que se cifra en el nombre”*.

En efecto, no denota lo mismo aludir al procedimiento utilizando el término **“delator”** que hacerlo mediante la expresión **“arrepentido”** o **“colaborador”**. Esta última usanza alude a la idea de **incentivo**, frente a la otra que aparece como menos alentadora. El derecho debe dar incentivos pero es importante la manera en que los presenta a los involucrados que puedan valerse de ellos. En definitiva, la esencia es lo mismo, pero el informante no querrá ser tildado como traidor sino como colaborador o a lo sumo como arrepentido. En definitiva el procedimiento y el precio que se paga serán los mismos, pero diferente el lugar desde donde se lo mire.<sup>xc</sup>

Otras denominaciones que se han dado son las de **“colaborador eficaz”**, **“delator premiado”** o **“colaborador premiado”**, como en Brasil. En la Argentina, justamente, la denominación de **“arrepentido”** fue la que generó críticas desde el plano moral que más adelante abordaremos (GONZÁLEZ DA SILVA,2017:26).

Pero la opción del legislador argentino fue otra. La normativa se conoce como **“la ley del arrepentido”** porque en su texto completo utiliza más de una docena de veces la expresión **“imputado arrepentido”**.<sup>xcii</sup> Las disposiciones trasladadas al Código (arts. 41 ter y 276 bis), en cambio, hacen mayor hincapié en las cuestiones relativas al beneficio y a la información; y no nombran la palabra **“arrepentido”**, aunque se conozca así la figura que regula.

Lo atinente al nombre fue una de las cuestiones más discutidas, tanto en el seno de la comisión parlamentaria como en las cámaras legislativas (CARRERA:53). Finalmente se optó por llamarle **“arrepentido”**, quizá, por el conocimiento que se tenía de la figura en base a los antecedentes, y su intención de aplicarlos a los delitos contra la administración pública.

## 5. La ley del arrepentido en el contexto normativo y constitucional.

Las leyes no son compartimentos estancos. Forman parte de un ordenamiento jurídico, el Derecho. Por tanto, debe hablarse, más que de leyes y disposiciones, de **conjuntos normativos**.

Las leyes, especialmente las modificatorias, se integran a un **ordenamiento jurídico** y por tanto deben ser analizadas como parte de ese sistema desde una doble perspectiva: Por un lado, es necesario que la norma haya nacido de acuerdo al procedimiento instituido para ello; y por el otro, que no atente contra la pretendida armonía y la mentada sistematicidad del ordenamiento legal considerado en forma integral.

Según Atienza, el **nivel de racionalidad jurídico formal** atiende a la necesidad de que se legisle respetando *“los criterios de forma y de contenido establecidos por el propio ordenamiento jurídico y procurando que la nueva ley se integre armónicamente en el mismo”* (ATIENZA:209).

De la propuesta de Atienza y las implicancias analizadas en el curso, podemos decir que de esas premisas surgen las relaciones de la norma en estudio con el resto del ordenamiento, que podrían clasificarse en:

- a) relaciones de sistematicidad.
- b) relaciones de jerarquía.
- c) Relaciones de significación.

Trataremos cada una en relación a la ley 27.304 y el art. 41 ter del Código Penal.

### a) Relaciones de sistematicidad:

La reforma operada será sistemática en tanto no genere **contradicciones** ni **vacíos legislativos** (lagunas). Vimos que la ley del arrepentido, aun cuando contenga algunos problemas de técnica legislativa, al unificar todos los supuestos en uno, propendió a mejorar la **seguridad jurídica** y la **accesibilidad** material de su regulación. En ese sentido es importante destacar que mejoró las condiciones relativas a las **relaciones de sistematicidad**. Buscó y de alguna forma logró evitar tanto las **lagunas** como las **reiteraciones** o **redundancias** que hacen complicada dicha accesibilidad; y en consecuencia, también las **inconsistencias** o **contradicciones**, ya sean estas lógicas o valorativas.

## b) Relaciones de jerarquía:

Las relaciones de jerarquía entre la ley 27.304 y el resto de las reglas del ordenamiento jurídico podrían analizarse, a su vez, desde múltiples enfoques:

Se trata de una norma que emergió del órgano competente para sancionarla: el Congreso Nacional con intervención del Poder Ejecutivo Nacional. alguna objeción podría realizarse en cuanto contiene normas que regulan el procedimiento, materia propia de las legislaciones locales. Sin embargo, la misma ley, a la manera de como lo hace la ley 24.660 sobre ejecución de las penas privativas de libertad, invita a las provincias a someterse a su régimen. En noviembre de 2017 fue la legislatura de Jujuy la última en regular un procedimiento semejante, y en la provincia de Buenos Aires hay proyectos que lo están intentando.

Sin embargo, lo relevante es que surge el interrogante de determinar si el beneficio consagrado en el art. 41 ter del Código Penal es de aplicación automática (operatividad) o bien requiere de una implementación procesal o regulatoria (norma programática).<sup>xciii</sup>

Además, la ley fue elaborada según las reglas previstas constitucionalmente para ello. En efecto, se respetó el camino previsto en las disposiciones de la Constitución Nacional para la formación y sanción de leyes (arts. 77 a 84). En este ámbito debe observarse también si la norma no tuvo iniciativa en alguno de los órganos que la misma constitución prohíbe que la tengan.<sup>xciv</sup> En nuestro caso, ello fue respetado en tanto algunos de los proyectos surgieron de la Cámara de Diputados (*Exp. HCD: 1331 y 1345 - D-16; autores: Legisladores Massa; Camaño; Monfort Y D'Agostino*); y otros de la de Senadores (*Proyecto presentado por la Senadora Elías de Pérez -Número de Expediente 784/16-*).

## c) Relaciones de significación.

De entre las **relaciones de significación**, ya dijimos que el art. 77 del Código Penal define a los funcionarios públicos y que la ley 27.304 se refiere a ellos en el art. 3 al establecer que *“no podrán celebrar acuerdos de colaboración los funcionarios que hayan ejercido o estén ejerciendo cargos susceptibles del proceso de juicio político de acuerdo a lo establecido por la Constitución Nacional”*. Y aún cuando el encabezamiento del art. 77 diga “para la inteligencia del texto de este código” y en la ley 27.304 se haga

referencia a “funcionario” a secas; entiendo que como consecuencia del art. 4 del Código Penal, por “funcionario” debe entenderse lo que en el **diccionario penal** del art. 77 del CP se quiso alcanzar.

También interesa destacar las relaciones de las reglas que se presentan en un conjunto normativo en relación a la competencia que tiene cada uno de los órdenes autónomos para dictar sus propias leyes. Una de las cuestiones problemáticas está dada por la relación entre la regulación nacional y la que le corresponde a las provincias (GONZÁLEZ DA SILVA, 2017:24). (Materia archiconocida entre los penalistas a propósito de las leyes que regulan la ejecución de las penas privativas de la libertad en esos órdenes).

Ya dijimos que la ley 27.304, además de modificar el art. 41 ter e implementar una figura delictiva específica de “**falso testimonio**”, establece ciertas normas de carácter procesal en el resto del articulado. Debido a que muchos delitos enumerados en el art. 41 ter son de jurisdicción federal, las normas procesales serán reputadas como de competencia local a nivel nacional. Es decir, regulan el procedimiento a seguir en el ámbito de la Justicia nacional o federal.

Pero también puede ser que haya delitos de competencia local, como ocurre, por ejemplo, y desfederalización mediante, con la tenencia y comercialización de estupefacientes tipificada en el art. 5 de la ley 23.737.<sup>xcv</sup>

Ahora bien, *¿se trata de normas procesales que deben respetar todas las jurisdicciones locales?*, o *¿cada provincia puede reglamentar un procedimiento diferente?* Ya adelantamos que la misma ley invita a las provincias a adoptar disposiciones procesales similares, lo cual, más allá de la intención de implementar un sistema unitario, implica un reconocimiento de esas relaciones.

A partir de esto surgen entonces otros interrogantes:

*¿Las leyes procesales provinciales vendrían a reemplazar las normas procedimentales de la ley 27.304 o cumplirían la función de ampliación o reglamentación? ¿La ley nacional solamente trae algunas reglas procesales mínimas? ¿Es necesario que las legislaturas estadales regulen la aplicación de la ley del arrepentido o las normas son operativas sin necesidad de esa reglamentación?*

Aprovechamos aquí para hacer algún comentario del **proyecto de implementación del arrepentido en la provincia de Buenos Aires**:



En la legislatura bonaerense se ha presentado un proyecto que propone agregar dos artículos al Código Procesal Penal a continuación de la regulación de la figura del **testigo de identidad reservada** (*arts. 233 bis y 233 ter del CPPBA*).

Se trata de los **arts. 233 quater y 233 quinquies**, que en verdad poseen, uno respecto del otro, naturalezas totalmente diferentes.

Por un lado, el **art. 233 quater** establece una nueva forma de **archivo** por sobre las contempladas en el art. 56 bis del mismo cuerpo legal.<sup>xcvi</sup> Pero en la realidad ello implica una ampliación de la posibilidad de aplicación de la figura del arrepentido que alcanza a supuestos no contemplados en la legislación nacional unificada. Decimos que es más amplia porque a diferencia del art. 41 ter del C.P. no enumera los delitos incluidos sino que refiere genéricamente a **“investigaciones complejas o que tengan por objeto organizaciones o estructuras criminales”**. Además de las intenciones plasmadas en su exposición de motivos, la ubicación de la disposición en el capítulo de los testigos hace pensar en que la idea gira en derredor de la figura del arrepentido (Una vez archivada la causa el delator está obligado a declarar como testigo en ella). Entonces, en rigor, el proyecto propone establecer un procedimiento necesario para la implementación y operatividad del archivo de una causa por razones de colaboración del imputado en los términos de lo que conocemos como **“colaboración eficaz”**.

Cabe destacar también que la **Ciudad Autónoma de Buenos Aires** ya contaba desde antes con una especie de archivo de las causas que hacía las veces de **“delación premiada”**.<sup>xcvii</sup>

Si bien estas legislaciones lo hacen mediante el sistema del **archivo** como ejemplo de aplicación de los **criterios de oportunidad procesal**, surgen otros interrogantes: ¿Resulta ello constitucional? ¿Pueden las provincias regular supuestos que en la práctica significan una reducción o una eximición de pena?

Por otro lado, el proyecto aludido también propone incluir un **art. 233 quinquies** al CPPBA, con la finalidad de reglamentar ciertas formalidades en las que se detalla un poco más el procedimiento para la implementación de la figura del arrepentido estipulado en el art. 41 ter.

### Normativa constitucional:

En la Constitución Nacional no hay previsiones específicas relacionadas con la

temática abordada en este trabajo más allá de las generales que versan sobre las prerrogativas de ciertos funcionarios y otras a las que ya aludimos, como las relativas a la formación y sanción de las leyes (desafueros, etc...).

Una cuestión a discutir es si el procedimiento del arrepentido respeta la **garantía de no declarar contra sí mismo** que está consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional. Por la relación específica que tiene con las cuestiones axiológicas, esto será tratado en el capítulo referente al *nivel de racionalidad ética*.

Con la reforma de 1994 adquirieron relevancia, además de estas previsiones generales, las receptadas en los dos últimos párrafos del art. 36 (*tipificación de un delito específico y la necesidad de una ley de ética pública*).

Así, se podría decir que a partir de 1994 la corrupción es un delito constitucional: El anteúltimo párrafo del art. 36 C.N. dice:

***“...Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos”.***

Esta previsión, que se constituye como una verdadera **figura delictiva**, iguala la situación del **enriquecimiento ilícito** a la del **atentado democrático** y por tanto le alcanzan sus mismas sanciones:

***“Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el artículo 29 (“infames traidores a la patria”), inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas”.***

Por su parte, el último párrafo del art. 36 C.N., establece que: *“El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función.”*

Fue así que en 1999 el Congreso Nacional, en cumplimiento de la manda del último párrafo del art. 36 de la Constitución Nacional, incluido en 1994, sancionó una ley que de manera específica regula algunos tópicos relacionados con la corrupción.

La **ley de Ética en el ejercicio de la Función Pública Nº 25.188** (de 1999, reformada por la ley 26.857 de 2013) trata en forma genérica sobre los deberes, las prohibiciones y las incompatibilidades de las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías; establece los deberes y pautas de

comportamiento ético, el régimen de publicidad y de las declaraciones juradas, las incompatibilidades y los conflicto de intereses, el régimen de obsequios a funcionarios públicos, el proceso de prevención sumaria. También creó la **Comisión Nacional de Ética Pública** luego derogada por la ley 26.857, disponiendo asimismo algunas reformas al Código Penal.

Todas las disposiciones de esta ley - sistemáticamente vulnerada por quienes detentaron el poder público-, son genéricamente aplicables a los tipos especiales de corrupción que tratamos aquí. Sin embargo, destacaremos algunas cuestiones de relevancia y la incidencia de esta ley en la materia que nos ocupa:

Adelantamos que efectuó oportunamente reformas al Código Penal:

- Modificó la regulación del **decomiso** (Art. 23 del CP).
- Modificó los alcances de la **reparación de los perjuicios**, la **indemnización** y las **costas** como consecuencias accesorias a las condenas (Arts. 29 y 30 del CP)
- Modificó la rúbrica del capítulo de los sobornos dentro del título de los delitos contra la Administración Pública. Ahora se lo titula “**Cohecho y tráfico de influencias**” mientras según el Código originario era “**Cohecho**”.
- Incorporó al Código Penal el art. 256 bis como caso especial de **cohecho activo**. En su segundo párrafo contiene la figura del cohecho activo agravado que se verifica cuando es llevado a cabo ante magistrados del Poder Judicial o del Ministerio Público.
- También incluyó en el art. 257 del C.P. el **cohecho pasivo** cometido por esa clase específica de funcionarios (arts. 32 y 33 de la ley).
- Por lo demás, modificó e incorporó otras varias figuras en los arts. 257, 258, 265, 258 bis, 266, 268 (2), y 268 (3).

Asimismo, el art. 42 de la Constitución Nacional resulta importante ya que se refiere a la protección de los **usuarios de servicios públicos**, en tanto entendamos que la función que brindan los operadores públicos es uno de esos servicios, quizás de los más relevantes. Hoy en día, teniendo en vista las nuevas finalidades marcadas por el

Estado Social de Derecho, estos servicios se integran con los judiciales, la educación, los socioeconómicos tales como el trabajo y todos los relacionados con la satisfacción de las necesidades básicas, la asistencia y el desarrollo social. Esta idea se corresponde con la posición adoptada en relación a las implicancias integrales de la política.

Finalmente, por vía del art. 75 inc. 22 se faculta la admisión de convenciones internacionales que legislen en la materia.

### Contexto normativo internacional:

A los efectos de examinar la posible presencia de contradicciones, la normativa sancionada también debe ser analizada a la luz de las disposiciones internacionales que resultan aplicables a nuestro país.

Además de las genéricas, hay normas convencionales específicamente relacionadas con la temática aquí abordada. A los efectos de centralizar la regulación del problema, dejaremos de lado la normativa internacional no pensada directamente en la prevención y sanción de la corrupción, aunque muchas de sus normas puedan tener vinculación<sup>xcviii</sup>. Citaremos así las convenciones específicas sobre corrupción y otras sobre delincuencia organizada; y en especial un **Código de Ética** pensado especialmente en la región para el correcto funcionamiento del servicio de justicia.

### La Convención Interamericana contra la Corrupción (1996):

Esta Convención incorporada al derecho interno mediante ley 24.759 es el primer instrumento internacional en la materia. El administrativista Agustín Gordillo se refirió a ella como el acontecimiento institucional más importante luego de la reforma constitucional de 1994 (BARAGLI:8).

Ya dijimos que esta Convención contiene definiciones de "**función pública**" y de "**funcionario público**", que a nuestro entender fueron pensadas teniendo en cuenta especialmente las actividades y a los funcionarios de la Administración del Poder Ejecutivo, desde que hace expresa referencia a "*los niveles jerárquicos*". Esto porque como vimos, la jerarquización es propia de la Administración y en principio, ajena a otros poderes como los relativos a la función legislativa y la judicial, salvo en lo que atañe a la valoración de los fallos según las instancias<sup>xcix</sup> y a la estructura interna de cada repartición judicial o legislativa<sup>c</sup> y la del Ministerio Público o Procuración<sup>ci</sup>. En otras

palabras, cada organismo tiene, de todos modos, organizada jerárquicamente su estructura de funcionamiento.

Interesa destacar especialmente que el art. 3 de la Convención Interamericana contra la Corrupción contiene numerosas sugerencias en las que se recomienda a los Estados signatarios a adoptar **medidas preventivas**, lo cual acerca este instrumento a la posición que intentamos plasmar en relación a la lucha contra la corrupción.<sup>cii</sup> Y esto es muy relevante en tanto se trata de una manifestación concreta de lo que se dio el llamar el **nuevo paradigma de la política criminal** basado en la **prevención**. Para Hassemer, la prevención es el paradigma gobernante por estos días y que todas las áreas en las que la política criminal moderna se encuentra trabajando deben pasar de la represión a la prevención. Entre esas grandes áreas se encuentran, justamente, las relativas a la **corrupción**, conjuntamente con otras como el **medio ambiente**, las **drogas** y el **crimen organizado** (HASSEMER,1995:485)

### Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2006):

Por su parte, la **Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2006)** implica un gran avance en comparación con su homónima para las Américas.

En el art. 2, cuando define al sujeto activo, establece que a los efectos de la presente Convención se entenderá por “**funcionario público**” a:

**“toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo.”**

En lo que más nos interesa, el art. 37, al prever los mecanismos de cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley, establece:

**Inc. 2: “Cada Estado Parte considerará la posibilidad de prever, en casos apropiados, la mitigación de la pena de toda persona acusada que preste cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”.**

**Inc. 3: “Cada Estado Parte considerará la posibilidad de prever, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, la concesión de inmunidad judicial a toda persona que preste cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento de los delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.”**

De modo que la falta de regulación del instituto en el medio interno para los casos de corrupción, implicaba un incumplimiento de las obligaciones asumidas mediante esta Convención. Diez años después se operativiza aquella manda.

Sin embargo, en lo que pareciese ser una regresión en relación a convención regional, no se encuentra tan influida por las **ideas preventivas**.

### **Convención sobre Soborno Internacional:**

Por otro lado, el OCDE, o **Convenio de lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (1997)**, más conocido como **Convención sobre Soborno Internacional**, regula un tipo especial de delito. Define así al “**agente público extranjero**” en el art. 1.4:

*“se entiende cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento como por elección; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, y cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública”.*

### **Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional y protocolos complementarios (ley 25.632):**

De este instrumento, interesa destacar especialmente que en el art. 26 prevé una especie de colaboración basada en el arrepentimiento de alguno de los componentes de la organización. Así, de entre las medidas para intensificar la cooperación con las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley, el Convenio sugiere a los Estados parte adoptar medidas para incentivar la colaboración de quienes hayan participado en los grupos delictivos organizados. Con la finalidad de alentar el arrepentimiento, el tratado propone que se considere la posibilidad de prever la **mitigación de la pena** de las personas acusadas que presten una cooperación sustancial en la investigación o el enjuiciamiento respecto de los delitos comprendidos.

Luego, hay otros instrumentos internacionales que pueden resultar vinculados:



- La **Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas** (aprobada mediante ley 24.072);
- La **Convención Interamericana contra el Terrorismo** (ley 26.023);
- El **Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo** (ley 26.024).

Finalmente, en lo que respecta a una forma de corrupción específica, se ha firmado el **Código Iberoamericano de Ética judicial**, que no es una norma propiamente dicha pero fue receptada por el Estado Argentino y funciona como un conjunto de reglas a tener en cuenta por los magistrados. Este Código modelo de alcance regional, reitera y reafirma los principios que surgieron de la **Segunda Cumbre Iberoamericana de Cortes y Tribunales Supremos de Justicia**, que tuvo su reflejo en el Estatuto del Juez Iberoamericano y en la Carta de Derechos del Ciudadano frente a la justicia. En él se destacan y enaltecen muchas de las garantías ya analizadas como también otras cuestiones relacionadas con la labor judicial: Independencia, imparcialidad, responsabilidad institucional, motivación, justicia, equidad, cortesía, transparencia, integridad, secreto profesional, prudencia, diligencia y especialmente, la **honestidad**. Crea, además, una **Comisión Iberoamericana de Ética Judicial**.

## 6. La ley del arrepentido desde el enfoque de la técnica legislativa.

Muchas de las implicancias de la técnica legislativa ya fueron abordadas en oportunidad de analizar los niveles de racionalidad lingüística y jurídico-formal. Más adelante nos avocaremos a los problemas que se suscitan a partir de una reforma, de la velocidad del cambio normativo y de la inflación legislativa. Por ende, aquí solo efectuaremos algunas consideraciones que escapan a lo que hemos analizado pero que deseamos poner de relieve.

La ley 27.304 puede ser considerada tanto como una reforma como una ley nueva.

Reforma porque, como ya lo dijimos, vino a unificar o uniformar los diversos regímenes de arrepentido que se encontraban dispersos. Así es que en su art. 17 la ley procedió a derogar el artículo 29 ter de la ley 23.737 (estupefacientes), la ley 25.241

(colaborador eficaz en los hechos de terrorismo) y el artículo 31 de la ley 25.246 (arrepentido financiero).

Pero también instituyó por primera vez la figura para ciertos grupos de delitos que nunca habían sido alcanzados. Me refiero a los delitos sobre la corrupción de menores y promoción, facilitación o explotación de la prostitución; la asociación ilícita, y los delitos contra la administración pública. Estos últimos, como lo dijimos más de una vez, fueron la finalidad más próxima de la reforma.

Entonces, desde la perspectiva de la técnica legislativa, lo más plausible de la ley es que en lo que hace a todos los supuestos de arrepentido, vino a unificar el régimen. Antes se encontraban dispersos en cada una de las normas que conglobaban a las familias de delitos, y fueron surgiendo acorde a la regulación de esos problemas criminales.

Un cuadro podrá ilustrar mejor la idea que queremos transmitir:

Delitos	Año	Código 1921	1995	2000	2003	2008	2011	2016
Narcotráfico			X	X	X	X	X	X
Delitos aduaneros (contrabando)			X	X	X	X	X	X
Terrorismo (art. 41 quinquies)				X	X	X	X	X
Corrupción de menores y prostitución								X
Privación de la libertad y secuestro					X	X	X	X
Trata de personas						X	X	X
Asociación ilícita								X
Corrupción (Administración Pública)								X
Delitos contra el orden económico							X	X

Por otro lado, la inclusión de un artículo como el que tratamos debe analizarse en el marco del proceso de reformas, o más precisamente como inmerso en las presentaciones de proyectos de reformas y actualizaciones. Sería algo así como pensar la norma en el conjunto normativo que se proyecta.

El **Anteproyecto de Código Penal de 2014**, si bien tenía en mente derogar gran parte de la legislación complementaria, no contenía una previsión específica sobre la figura del arrepentido. Es más, el proyecto se basaba en un sistema donde ciertas situaciones se reputaban como atenuantes genéricos de la pena en el art. 6, donde estaba ausente esta posibilidad.<sup>ciii</sup>

En cambio, faltaría saber qué se determinará en relación a la figura del arrepentido en la nueva legislación que surja del nuevo **Anteproyecto de reforma**

**integral** a presentarse en 2019.<sup>civ</sup>

Tanto Mariano Borinsky, en el rol de presidente de la comisión reformadora del proyecto en elaboración, como su secretario Carlos González Guerra, en sendas conferencias brindadas, dejaron en claro como se trata de una ley bastante reciente y de una figura nueva, habría un principio de acuerdo en el seno de las reuniones para que no se cambie en lo general la redacción del que hoy es el artículo 41 ter<sup>cv</sup>.

No obstante, de *lege ferenda*, sería conveniente que se proceda a la reubicación de la disposición porque en definitiva hace ruido la poca feliz inmersión que tiene en la actualidad.

## 7. La inflación legislativa y la velocidad del cambio normativo.

La proliferación de reglas y de reformas legislativas, máxime cuando versan sobre una misma materia, atenta contra la **seguridad jurídica** y adjudica menos **accesibilidad** a los conjuntos normativos. Es decir, para el operador jurídico se vuelve más complicado asir los conjuntos de reglas y determinar cuáles serán aplicables al caso y cuáles no. La **hipertrofia legislativa** genera perplejidad en los mismos abogados penalistas (SLOKAR:149). En efecto, en la actualidad el usuario de reglas debe deslizar un inteligente movimiento por diversos lugares del ordenamiento legal para determina el derecho aplicable.

En materia penal, no solamente debe mirar la parte general y la especial, sino también navegar por la frondosa legislación complementaria que ha ido surgiendo y astutamente, no cometer el error de pretender aplicar una norma ya derogada o modificada.<sup>cvi</sup>

En términos de Leiva Fernández, la desproporción entre la cantidad de normas vigentes y las que realmente son necesarias, genera una **contaminación** que hace dificultosa su aplicación. Algo parecido a la contaminación visual de la que se habla en términos arquitectónicos o estéticos. En la Argentina, el crecimiento de la legislación se ha convertido de rápido en desmedido, por lo que se está perdiendo la noción de cuál es realmente el derecho vigente (LEIVA FERNÁNDEZ:13).<sup>cvi</sup> Es, quizá, a causa de esa volatilidad, una de las aplicaciones de la idea de **modernidad líquida** que **Zigmunt Bauman** elabora desde el enfoque social.

La inflación de normas contribuye, en los términos de Nino, a la **anomia legislativa**, que no se presenta solamente cuando hay ausencia de norma sino cuando una misma situación a veces está legislada más de una vez en forma superabundante, o contradictoria (LEIVA FERNÁNDEZ:12). Genera dificultades para encontrar casuística y jurisprudencia adecuada y entablar acuerdo sobre el modo de interpretación y aplicación de las leyes, lo cual se agrava en tanto recordemos que los tiempos de la justicia no son de los más rápidos. Impide, entonces, la uniformidad de criterios de lectura e interpretación, tanto en la teoría como en la jurisprudencia.

La inflación también provoca la disminución del valor de las normas, y por tanto, de su eficacia, su fuerza obligatoria y la posibilidad de que sea respetada.<sup>cviii</sup> Si la frase *“la ley se presume conocida por todos”* ya es una **ficción legal**; más lo será en tanto las leyes que tengan que ser conocidas sean imposibles materialmente de asir por los ciudadanos comunes, y hasta por los abogados y operadores que deben aplicarla.

Por ello, y aunque implique una reforma más, la unificación de los diversos regímenes dispersos del arrepentido es bien recibida desde esta perspectiva.

La idea latente en los últimos Anteproyectos de reforma integral y actualización del Código Penal fue justamente la de depurar las normas que no tienen aplicación virtual, y descartar las reglas reiterativas y las contradictorias. Esa es la intención del Digesto normativo argentino impulsado por las agencias de información jurídica; y ha sido también una de las finalidades de la unificación llevada a cabo mediante el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (2014).<sup>cix</sup> También es uno de los objetivos explícitos de la nueva comisión conformada para reformar el Código Penal (2018/2019).

Sin embargo, a nivel general se mantiene un código y leyes complementarias que han sido enmendados y emparchados, dificultando así los modos de interpretar y aplicar las reglas.

Desde la ciencia se han ensayado, al respecto, algunas formas de contrarrestar esa inflación. Una es la que propone Leiva Fernández a través de las **checklisten**, de donde se puede extraer que la sanción de una nueva ley o una reforma deben proceder solo en último término y si es absolutamente necesario.<sup>cx</sup>

Otra alternativa desinflacionaria es la que propone cierta doctrina a partir de lo que se denomina la **“Administrativización del Derecho Penal”** (TAMINI:348).

En la Argentina, la inflación y el aumento de la velocidad del cambio normativo verificado en los últimos años se deba, quizá, a la necesidad de los políticos de sancionar normas que satisfagan una demanda circunstancial de la ciudadanía. A ello se lo conoce como “**legislación de emergencia**”, en base a la cual los legisladores, culpando a la ley (chivo expiatorio), proponen su reforma como si esa fuera la única manera de resolver cualquier problemática social.<sup>cxix</sup> Justamente, las agravantes genéricas que rodean a la figura del arrepentido, han sido calificadas por diversos autores como **agravantes de emergencia** (Valdez, Ferreira y Martínez Astorino). De todos modos, ya vimos que incluso en los delitos de cuello blanco las penas más severas no disminuyen la delictividad (APARICIO:19).

Esas legislaciones de emergencia generalmente responden a problemáticas sociales, y la mayoría de las veces son reacciones directas a la verificación de hechos puntuales que son dados a conocer por los medios masivos de comunicación.<sup>cxii</sup> Al respecto, dice **Gargarella** que “*el derecho reacciona frente a cada aumento en la producción de un cierto delito (ayer el robo, hoy los secuestros, mañana el homicidio) incrementando proporcionalmente las penas correspondientes a cada uno de ellos*” (GARGARELLA:109). El mismo autor expresa al respecto que “*Se presume indiscutiblemente que, enfrentados a un incremento semejante en las penas impuestas, los individuos desistirán de su decisión de cometer ciertos ilícitos*” (GARGARELLA:110).

A ello se lo conoce como **modelo punitivo** o **modelo clásico de prevención** (APARICIO:19). Caparrós, ilustrando esta idea para la política en general, dice que la mayoría de los políticos no hablan a partir de lo que piensan, ni tienen ideas ni principios, sino que “*la decisión del político consiste en elegir, de entre las diversas opiniones que circulan cuál le parece más útil para acercarse a los poderes*”. En definitiva, los políticos no proyectan una política público-legislativa a largo plazo, sino que dicen lo que la gente quiere oír (CAPARRÓS:31). Desde lo mediático ello se traduce en que “los políticos desesperados no tienen respuesta pero su espectáculo debe seguir”. Es la “**demagogia punitiva**” que si bien se invoca para criticar el punitivismo en los delitos callejeros, resulta, de alguna manera, aplicable a nuestra materia: “*En nuestro país es casi un grotesco seguir debatiendo sobre aumento o disminución de penas cuando lo grave, lo dañino y una de las causales del incremento del delito es que delinquir es una de las*

*actividades más seguras para los autores”* (APARICIO:31). Esta afirmación no es más que una actualización de la versión que **Francesco Carrara** manifestara en “Opúsculos...”.

Se trata, pues, de un mito. La metodología consistente en el aumento de penas no ha dado los resultados deseados.<sup>cxiii</sup> Desde el estudio empírico de la política criminal se ha llegado una y otra vez a la conclusión de que el aumento del encarcelamiento es “**una estrategia equivocada**” (TAMARIT:7).

En nuestro país y en los últimos años, fueron numerosas las reformas penales que se sancionaron fugazmente como respuesta a ciertos acontecimientos conocidos por los medios masivos de comunicación que conmocionaron a la opinión pública.

Si bien los delitos en trato no son aquellos que hagan a la inseguridad en que se fundaran los aumentos de pena proliferados en la última década, lo cierto es que, como nunca antes, se puso en la agenda de la opinión pública la cuestión de la corrupción estructural que ejercen los políticos. Incluso, muchos de esos casos ocupan gran parte del tiempo que detentan los medios masivos de comunicación.

Asimismo, la reiteración de reformas incide de manera determinante en las cuestiones derivadas del **principio de legalidad** y la **aplicación de la ley penal más benigna** que regulan los arts. 2 y 3 del Código Penal y los tratados internacionales. Más difícil será aún si las reformas son parciales porque entraremos en el debate de determinar qué se debe entender por “ley penal” a los efectos de determinar su mayor o menos benignidad.

En otros términos, si las leyes cambian a cada rato los abogados defensores se verán en la difícil tarea de determinar cuál es la ley más benigna y presentar las **acciones de revisión** que correspondan (incisos 5º y 6º del art. 467 del CPPBA).

Con respecto a la retroactividad de la ley penal más benigna se nos presenta un problema adicional. No tenemos dudas que la ley penal es retroactiva en tanto sea más benigna, pero en nuestro caso, como se trata de delitos bilaterales o multilaterales, cabe preguntarnos: *¿Más benigna para quién? ¿A quien debe beneficiar esta ley más benigna, al delator o al delatado? ¿Podría un imputado valerse de esta garantía para aplicar retroactivamente el art. 41 ter y delatar a un colega? ¿O podría el delatado oponer una excepción alegando la prohibición de que se apliquen retroactivamente leyes penales que lo perjudiquen?*



La figura del arrepentido, si bien hoy se encuentra unificada, ha transitado una verdadera aventura en la que fueron mutando las reglas y especialmente los delitos ante los cuales procedía.

En nuestro caso, y más allá de las reformas penales parciales a las que hemos hecho referencia, la velocidad del cambio normativo puede medirse en referencia a una misma disposición: El **41 ter** se incorpora en 2003 mediante la ley 25.742, se modifica en 2008 a través de la ley 26.364 y se sustituye finalmente en 2016 mediante la ley en trato.

Veamos las leyes implicadas a los efectos de visualizar la velocidad del cambio normativo verificado en relación a la implementación legislativa de la figura del arrepentido:

- **Ley 24.424 (1995):** Incorpora en el art. 29 ter de la ley 23.737 la figura del arrepentido para los casos de **tráfico de estupefacientes y contrabando**.
- **Ley 25.241 (2000):** Establece la figura del colaborador eficaz para los hechos de **terrorismo** del art. 213 ter del Código Penal.
- **Ley 25.246 (2000):** Reforma el régimen de los delitos de "Encubrimiento y Lavado de Activos de origen delictivo" (Capítulo XIII del Título XI).
- **Ley 25.742 (2003):** Incluye el **art 41 ter** al Código Penal: figura del arrepentido para los delitos de los arts. 142 bis (privación ilegítima de la libertad) y 170 (secuestro extorsivo).<sup>cxiv</sup>
- **Ley 26.364 (2008):** Ley de protección contra la **trata de personas**: Reforma el art. 41 ter del Código Penal. Amplía la aplicación de la figura del arrepentido a los casos de trata de personas, de modo que queda alcanzado a la figuras de los arts. 142 bis, 145 bis, 145 ter y 170.
- **Ley 26.683 (2011):** Reforma la ley 25.246, incorpora el Título XIII al Código Penal "Delitos contra el orden económico y financiero". Establece en el art. 31 de la ley 25.246 la figura del arrepentido para los delitos financieros, remitiendo al procedimiento establecido en la ley 25.241.
- **Ley 27.304 (2016):** Inclusión de la figura para los actos de corrupción y unificación de los supuestos de arrepentido en el art. 41 ter. Deroga art. 29 de la ley 23.737, la ley 25.241 y el art. 31 de la ley 25.246.

Por su parte, el art. 41 ter, un artículo que es incluido y que no constaba en la redacción originaria del Código, ya había sufrido, a su vez, dos reformas más:

- Ley 25.742 (2003).

- Ley 26.364 (2008).

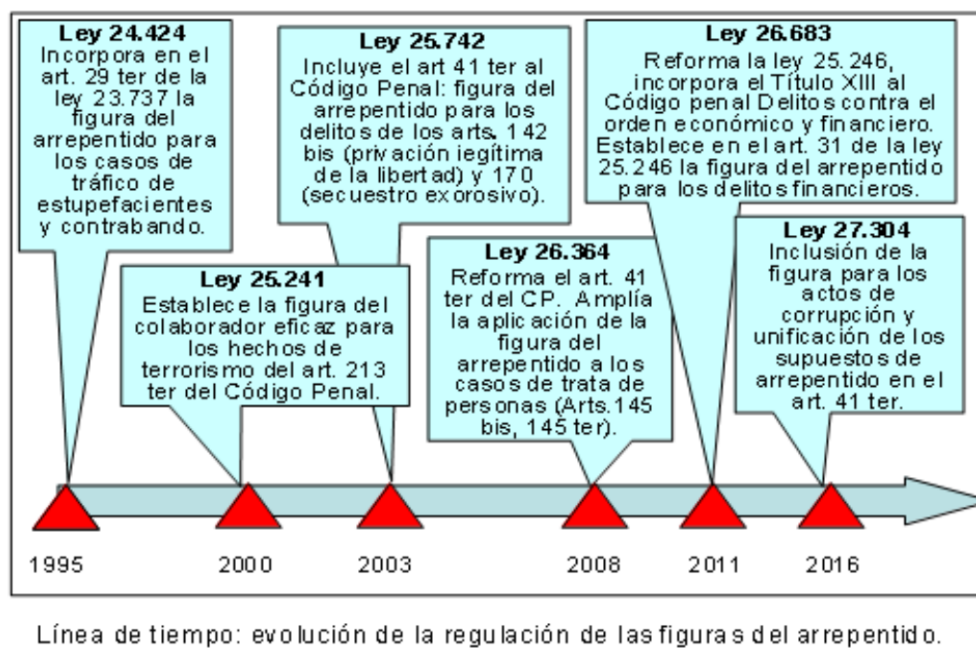
- Ley 27.304 (2016).

Como puede observarse a través de esta reseña cronológica simplificada, fueron varias las modificaciones que se verificaron en relación a un instituto que en definitiva quedó regulado ahora en una sola disposición.

Aún más complicada en este aspecto fue la regulación de la figura del arrepentido para los casos de **terrorismo**: La ley 25.241 incorporó la figura para los hechos de terrorismo haciendo una referencia al art. 213 ter. Luego, la ley 26.268 (2007) sustituyó el art. 1 de la ley 25.241 e incorporó como hechos de terrorismo los previstos en el art. 213 del Código Penal. Pero luego, la ley 26.734 derogó la ley 26.268 y se incluyó el art. 41 *quinquies* (GRISSETTI:62). Y otro tanto ha ocurrido con las diversas modificaciones parciales al régimen de los **delitos económicos**, que ha motivado, incluso, la creación de un nuevo Título en el Código Penal (XIII).

Como consecuencia de ello, el ordenamiento jurídico en general y la cuestión que nos toca en particular, aparecían como un verdadero **palimpsesto** sobre el que, con la excusa de implementar la figura para los casos de corrupción, la ley de 2016 intentó echar luz.

Como se puede observar, la ley en algunos casos efectuaba remisiones a otras leyes que a su vez eran modificatorias de otras, que a su vez estaban modificadas en parte por otra: Un verdadero **intrínquilis chínquilis** entre las leyes **26.683, 25.246, 25.241 y 27.304**. Una telaraña de la que, como a la mosca que cae en sus redes, difícilmente se saldrá ileso.



## 8. La cuestión ética.

En el **nivel de racionalidad ética** es donde se debe observar, finalmente, si los contenidos de la norma y sus fines pueden justificarse éticamente (ATIENZA:229). Recordemos que para Atienza la **racionalidad ética** opera como el último de los niveles al que deben subordinarse los otros, ya sea a la hora de determinar los contenidos de la ley o proceder a su interpretación (ATIENZA:240). Generalmente las constituciones receptan ciertos **valores morales** pero también hay que tener en cuenta la **moral social** y las individuales. De lo contrario recaeríamos en la **ética del legalismo**, que reputa como ético todo lo que recepta el derecho positivo (ATIENZA:240).

Una de las principales objeciones con que se ha apuntado a la figura del arrepentido es la relacionada con la supuesta inmoralidad que implicaría promover que uno de los integrantes de un proyecto delictivo delate a otro u otros para obtener beneficios en provecho propio. Se entiende, desde esta perspectiva, que romper la palabra, aún en la ilicitud, es inmoral. Se trataría, en el fondo, de una justificación filosófica similar a la que sustenta el “**secreto profesional**”, aunque aquí la profesión es *non santa*.

En esos términos, y tal como lo adelantamos al hablar de la idiosincrasia argentina, se entiende que incluso en la empresa criminal, la delación -vista como

traición-, es amoral. O al menos va en contra de los códigos, puesto que se trataría de ex-compañeros que obtienen ventajas perjudicando al resto.

Salvando las enormes distancias, cualquier parecido con “el beso de Judas” es pura coincidencia.

En rigor de verdad, muchas de las cuestiones en Derecho tienen componentes éticos o morales que son necesarios tener en cuenta. El Derecho, y sobre todo el Derecho Penal puesto al servicio de la investigación, deben resguardar unas reglas morales mínimas, lo cual no implica que deba ser absolutamente moral.<sup>cxv</sup> Dicho de otro modo, el Estado siempre debe velar por el respeto de la ética, aunque a veces se ve obligado a efectuar ciertas intervenciones en detrimento de la **moral absoluta**.

Así, la asignación de **incentivos** o **premios**, como lo es la figura del arrepentido, se manifiesta a través de una decisión político-criminal, de sacrificar la **moralidad interna** entre los delincuentes frente a la meta de la **eficacia en la investigación** y el descubrimiento de los delitos de corrupción o delincuencia organizada y compleja.

Entonces, el Derecho se tiene que dar a sí mismo esos permisos por intermedio de los cuales se faculta que en nombre de la infracción moral un imputado traicione a sus excompañeros buscando un premio para sí. El Estado así lo perdona, pero no al modo de premio para él sino porque brinda información para inculpar a otros o posibilitar la disminución de los riesgos de un delito en desarrollo.

La cuestión, entendemos, pasa entonces por determinar el límite, siempre un tanto vago y subjetivo, que debe respetarse para, aún sin caer en aquella ética del legalismo, salvaguardar el **estándar ético** del ordenamiento legal.

Sin embargo, están quienes sostienen que una sociedad se basa en los **premios, los incentivos, las recompensas y el castigo**; y que de alguna manera, **el fin justifica los medios**.

Como adelantamos, la **ley 27.319** trajo las figuras de **agente encubierto, agente revelador, informante, testigo encubierto**, que en el fondo también son delatores, aunque no arrepentidos. Esta ley fue publicada en el B.O. el 22 de noviembre de 2016 y fue llamada justamente: “*Ley de Investigación, prevención y lucha de los delitos complejos. Herramientas. Facultades*”. Además es complementaria y contemporánea a la 27.304.

También existen procedimientos como la **entrega vigilada** en materia de narcotráfico. Muchas de estas figuras ya habían sido cuestionadas desde las prácticas de la administración para la investigación de los fraudes en perjuicio del fisco y los delitos impositivos, entre otros.

Por la clase de delitos que se investigan en los entornos de la delincuencia compleja y organizada, es necesario sacrificar un bien para salvaguardar otros, como el descubrimiento de la verdad y en definitiva, los fines por los que se lucha contra la corrupción ("**La política es el arte de lo posible**", no "**de lo ideal**").

En ese marco, y debido a las dificultades que ya apuntamos más arriba como particularidades de esta clase de delitos, muchas veces se hace necesaria una información que salga de las mismas filas de los grupos que llevaron a cabo las conductas indebidas. Esa es la llamada **Información insider**, que es valiosísima pues es brindada por alguien que está dentro de la misma trama criminal. Frente a ella se encuentra la **información offsider**, que bien puede resultar útil en los hechos delictivos con mayor exposición o visibilidad, cualidades que no detentan los delitos contra la administración pública.

Justamente, la traducción del inglés de **insider** se relaciona con las palabras españolas de "dentro" (*inside*), "**persona enterada**" (*insider*); mientras que el **offside** es quien está, como en el fútbol, fuera del juego. Más precisamente, una de las acepciones de **insider** se identifica con "**una persona dentro de un grupo u organización, especialmente alguien que tiene acceso a información no disponible para otros**" (*a person within a group or organization, especially someone privy to information unavailable to others*).

La cuestión ética que intentamos transmitir se manifestó, de alguna manera, en la película de Hollywood dirigida por Michael Mann justamente denominada "**The insider**", y conocida en el medio latino como "**El informante**" y en España como "**El dilema**". En este film de 1999, uno de los protagonistas había tomado conocimiento de los componentes prohibidos que la empresa tabacalera para la que trabajaba utilizaba para generar mayor poder adictivo en los cigarrillos que comercializaba. Es decir, tomó conocimiento de ello cuando era parte de la empresa. Entonces, una y otra vez en la película el personaje protagonizado por Russell Crowe se ve ante la encrucijada moral de dar a conocer o no a la prensa (representada en un periodista personificado por Al

Pacino) las ilicitudes que llevaba a cabo la empresa tabacalera para la cual trabajaba.<sup>cxvi</sup> Si hacemos un paralelismo, el ex empleado de la tabacalera sería el ex funcionario (o el empresario); el periodista el representante del Poder Judicial y los fumadores la sociedad.

Pero volvamos a lo nuestro. Demás está decir aquí que en el mismo sentido apuntado más arriba, la idiosincrasia argentina vendría culturalmente a tolerar más la natural corruptela de los poderosos que la colaboración de un ex delincuente arrepentido. Sin embargo, la condena al “traidor” parecería ir desapareciendo para abrir paso a su aceptación, e incluso, aunque más no sea por la morbosidad que puede llegar a producir, a su arenga.

En ese sentido, las diversas maneras de denominar a esta figura pueden ser relevantes, en tanto, a los fines de salvaguardar o disimular esta presunta vulneración de los cánones morales, sería más conveniente llamarlo “**colaborador eficaz**” que “**delator premiado**” (ver al respecto lo que dijimos sobre la carga semántica de las palabras).

No es lo mismo, desde lo axiológico, que a una persona se la denomine “**colaborador**”, “**arrepentido**” o “**delator**”. El primero será reputado como un colaborar con el Estado de Derecho; el segundo como una persona que dejó el delito para pasarse a las filas de la legalidad; y el tercero, un aprovechador que como fue capturado delata a los demás para obtener beneficios espurios. Otra idea podría ser justificar la figura aduciendo que si el arrepentido se convirtió al derecho y se pasó para el lado de los buenos como amigo del Estado, se lo perdonará.

A nivel constitucional no existe regla alguna pero se afirma que esta figura entra en conflicto con la **prohibición de autoincriminarse** contenida en el art. 18 de la Constitución Nacional, puesto que al delatar, el imputado colaborador inequívocamente se está también, delatando a sí mismo.<sup>cxvii</sup>

Entonces, una de las primeras objeciones que se puede realizar desde la óptica moral o en su relación con las garantía constitucionales, está representada por la violación a la **garantía de no autoincriminación** que surge del art. 18 de la CN, puesto que el delator, al valerse del instituto y brindar información, necesariamente tiene que autoinculparse, a diferencia del informante que logra recompensa.

Las objeciones que efectúan quienes invocan la vulneración de la garantía constitucional que prohíbe la autoincriminación no tienen mucha adhesión en la



actualidad. En efecto, fue una de las cuestiones más discutidas desde que se implementaron los primeros “delatores” para la lucha contra la criminalidad organizada, y a su respecto se han encontrado satisfactorias respuestas.<sup>cxviii</sup>

En rigor de verdad, no se vulneraría la garantía si es que la delación y la inevitable confesión se realizan, como lo requiere la ley, en un marco de autodeterminación y total libertad. El art. 18 de la Constitución Nacional prohíbe obligar a una persona imputada a declarar contra sí mismo, pero no la autoincriminación espontánea. Al respecto, cabe destacar que la jurisprudencia ha avalado también la validez de la declaración de los co-imputados.

También, y aunque escape a los alcances de este comentario, cabe recordar todo el desarrollo que se ha dado en torno de la **confesión** como reina de las pruebas en el sistema inquisitivo y el valor que posee en la actualidad.

Asimismo, se ha desarrollado la diferencia entre **objeto de prueba** y **sujeto de prueba**. En este caso se trataría de un sujeto de prueba, a diferencia por ejemplo de la extracción de sangre donde es objeto de prueba. De todos modos, lo cierto es que la Constitución garantiza que “*Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo*”, pero no que si alguien quiere declarar no pueda hacerlo. Pero allí es donde se dice que tal libertad de elección no existe puesto que el imputado se encuentra al borde de una “extorsión”, o, como se dice vulgarmente: entre la espada y la pared (por el premio que recibirá).

Los mismos legisladores se han hecho eco de estas objeciones. En los fundamentos del proyecto se ha expresado:

Sobre este particular, resulta interesante mencionar entre otros doctrinarios, a Norberto Spolansky quien se pronuncia por la validez de la figura que se pretende legislar; rechazando las críticas de quienes se oponen a su implementación en función de que aquella: a) que alienta la delación, b) constituye un modo contemporáneo de la vuelta a la tortura y c) el delator judicial es conminado a la elección de la pena más leve cuando en un debate oral y público puede obtener una admonición menor. Por el contrario el nombrado jurista explica que la adopción de este instituto posibilitaría el descubrimiento de esta clase de delitos, que no es posible concebir a la negociación como una suerte de tortura moderna sino de indicarle al imputado un criterio utilitario y, que en cuanto a la elección de la pena menor, es un álea que debe afrontar producto de un debate oral. Concluyendo que el instituto sería de gran utilidad para la sociedad en lo atinente a delitos de difícil prueba (Conf. N. Spolansky “El llamado arrepentido en materia penal”, La Ley, 2001-F, 1434)

E invocando jurisprudencia y el uso de esta figura en Estados Unidos, expresan:

**A mayor abundamiento, la aprobación de este proyecto no encuentra reparos a la luz de los principios y derechos que asegura nuestra Constitución; en cauce de ideas resulta de suma utilidad poner de resalto que la Suprema Corte de los Estados Unidos ha establecido que la admisión de la culpabilidad por parte del acusado dependía de la comprensión de los elementos de la ofensa y las consecuencias de ese reconocimiento porque eran requisitos necesarios que conformaban la elección voluntaria por parte del imputado, recordando la recomendación de las reglas federales en cuanto a que el juez debe dirigirse personalmente al acusado a fin de determinar si su reconocimiento era voluntario con la debida comprensión de la naturaleza del cargo y sus consecuencias (Mc Carthy c. United States 394. U.S. 459.1969).**

De todos modos, la prohibición de la autoincriminación puede vincularse con la figura del “arrepentido”, de dudosa ética por el tipo de contraprestaciones que involucra, pero también necesaria para descubrir hechos que de otro modo resultan de imposible discernimiento. (FUCITO:178). Es, de alguna manera, un mal necesario.

Sin embargo, tocante con estas cuestiones éticas, se nos vienen a la mente algunas preguntas que persisten: *¿Qué sucede cuando los co-imputados tienen intereses contrapuestos? ¿A quién se beneficia si más de uno desea prestar información? (La ley dice al primero) ¿Cómo se justifica desde el principio de igualdad constitucional que al fin del proceso un delatado reciba mucha mayor pena que el delator, cuando incluso la culpabilidad de este último puede ser mayor?*<sup>cxix</sup>

*¿Se trata de un análisis costo-beneficios?*

Y otra vez: *¿El fin justifica los medios?*

En conclusión, entendemos que una posible salida a todas estas problemáticas yace en las razones político-criminales que le dan apoyo a la figura del arrepentido:

Ya dijimos que se trata de delitos con características específicas y particulares en cuyos procesos de lucha (prevención) e investigación se hace necesario implementar modalidades que incluso desde alguna óptica podrían considerarse rayanas con lo inhumano. Me refiero, por ejemplo, a las características de **complejidad, organización y jerarquía interna** que detentan los delitos alcanzados.

Más precisamente, cabe entender que lo más difícil en la lucha contra la corrupción es la problemática de la investigación, y sobre todo la de sus primeros

momentos, pues quién está habilitado para denunciar es un integrante de la organización o bien parte del mismo delito “bilateral” conformado por corruptores y corrompidos.

## 9. La aplicación de la ley del arrepentido en la práctica.

Una ley también debe analizarse con una mirada que observe su aplicación práctica en la realidad. Desde la perspectiva actual es imposible pensar en una política criminal que no se asiente sobre pilares empíricos (TAMARIT:1). La **racionalidad pragmática** implica que la conducta de los destinatarios de las normas (autoridades y particulares) se adecue al contenido prescripto en las leyes (ATIENZA:218). Para que las leyes no queden en meros enunciados lingüísticos y no sean “letra muerta”, además de validez formal, deben tener **vigencia material**, lo cual nos lleva a la idea de **eficacia** (ATIENZA:218). En efecto, mientras la ley es abstracta se requiere de su implementación concreta.

El incumplimiento y la consecuente ineficacia de una ley pueden deberse a factores subjetivos u objetivos (ATIENZA:218):

Las **causas subjetivas** de la ineficacia de una ley se deben a la ausencia de motivación de los destinatarios para cumplirla, por diversos factores (ATIENZA:219).

En nuestro caso, el tiempo de vigencia de la ley ha sido relativamente escueto como para poder emitir una opinión en este sentido. En verdad, no fueron muchos los casos, al menos los conocidos, donde se recurrió a este instituto, salvo los que se han dado a conocer en las últimas noticias a fines de 2018. Es más, en los casos resonantes que tienen detenidos en prisión preventiva a algunos políticos acusados de corrupción, hasta hace poco no se había utilizado concretamente la figura del arrepentido. Sin embargo, y por las muy recientes formas de proceder de abogados e imputados, pareciera estar próximo a abrirse su utilización de modo extendido. No obstante, cabe destacar que se trata de una institución excepcional y por lo tanto la eficacia no estará determinada por su gran aplicación. Es decir, no hace falta que todos recurran al arrepentimiento para que la ley sea reputada eficaz en términos de vigencia material. Por el contrario, dado un hecho lo que se requiere es que no todos se constituyan como arrepentido.

Las **causas objetivas** hacen referencia a la imposibilidad de puesta en marcha de la ley por falta de **infraestructura**, **cobertura financiera** o **administrativa** (ATIENZA:219).

En este ámbito es que se habla de los aspectos prácticos de la ley, como los que hacen a la necesaria Implementación y puesta en funcionamiento que a su vez requerirá, según el caso, de recursos humanos (mano de obra), económicos y edilicios (infraestructura), entre otros.

En lo que se refiere a la implementación de la figura del arrepentido en los casos de corrupción no aparecerán muchos problemas para la puesta en funcionamiento, pues se satisface con un procedimiento formal que establece la ley dentro del proceso total. Es decir, para aplicar la ley en la práctica y que pase a ser “**derecho vivo**” no hacen falta muchos recursos más que los que el poder judicial y el sistema penal ya tiene de antemano destinado a ello.

Sin embargo, será determinante el modo en como los operadores judiciales manejen la implementación de los acuerdos de colaboración en los casos concretos y cuáles serán los resultados finales, para evaluar la posibilidad de que otros imputados se presten a colaborar y adopten el mismo temperamento. Por ejemplo, será de buena práctica que los acuerdos se lleven a cabo en total respeto de las garantías procesales y el imputado colaborador cuente con toda la información necesaria para tomar la decisión en plena libertad. Es decir, los imputados, además de contar con un abogado defensor, deben ser informados para prestar el consentimiento.<sup>cxx</sup> Sin embargo, se vislumbra que en la práctica los acuerdos serán el último paso de una serie de negociaciones ocultas o extrajudiciales entre las partes y los implicados.

En ese marco, creemos conveniente además que los procesos sean llevados a cabo por fiscalías especializadas en corrupción que se creen con ese fin. Asimismo, en lo que hace a la infraestructura, ayudarán los otros órganos de control independientes que puedan brindar colaboración como la UIF (Unidad de Inteligencia Financiera) o la Oficina Anticorrupción. Otro elemento importante a tener en cuenta es la elaboración de protocolos internos para la puesta en marcha de la ley. Recordemos que de acuerdo a la posición adoptada frente a la amplitud de la política criminal, estas medidas también contienen componentes político-criminales.

Uno de los problemas pragmáticos que deben resolverse en este nivel es en relación a la ampliación que hace el art. 41 ter con respecto a los antecedentes. Y dentro de ello, por ejemplo, *¿qué debería decidirse si dos delatores quieren presentar sus credenciales en el mismo momento? ¿Se aplicarían los criterio del art. 5 de la ley?*

## 10. ¿Un nuevo paradigma?

Finalmente, cabría preguntarnos si debido a los cambios sociales y las modificaciones legislativas de los últimos tiempos, nos encontramos ante **un nuevo paradigma** en cuanto a la concepción y la lucha contra la corrupción pública.

En rigor, la respuesta dependerá de los alcances que se asignen a la palabra “paradigma”.

Si bien es una palabra que se usaba con anterioridad, pareciera que a partir de **Thomas Khun** debe ser reputada como un conjunto de ideas o principios que la comunidad científica paradigmática acepta sin discusión:

*“El paradigma es un contexto de validez respecto al cual la investigación procede en una forma similar a la solución de acertijos. Cuando un paradigma ha sido establecido por el colectivo de científicos al que sirve, los fundamentos del mismo nunca son puestos en duda”* ([www.biografiasyvidas.com/biografia/k/kuhn.htm](http://www.biografiasyvidas.com/biografia/k/kuhn.htm))

Algunos diccionarios modernos toman esta noción y establecen como segunda acepción (filosófica), la siguiente:

*“Para la filosofía de la ciencia, conjunto de hábitos, técnicas, normas metodológicas, ideas filosóficas, etc. que junto con determinadas teorías científicas, dominan en el seno de una comunidad científica”* (Gran Enciclopedia Universal Espasa Calpe, coleccionable de Clarín, proyectos especiales, Grupo Editorial Planeta S.A.I.C. / Espasa Calpe S.A., Buenos Aires, 2005, Volumen 30 PAL/PET).

En ese marco, interesa destacar que se trató, en un principio, de un término epistemológico utilizado en las ciencias, pero que luego pasó a detentar un tinte más político. Se habla de paradigma para darle fuerza a determinada idea o posición.

También cabe determinar cuándo es que se produce un **cambio de paradigma**, y consecuentemente, **cuándo una revolución paradigmática**. Según Khun, un cambio paradigmático se producirá cuando se reúnan en forma conjunta dos elementos: a) Que el nuevo paradigma resuelva los problemas que el viejo ya resolvía; y b) Que además resuelva los problemas que el antiguo paradigma no resolvía.

Aquí también se comenzó a elastizar el concepto de tal manera que se incluyeron no solamente a los cambios producidos y exitosos, sino los cambios que se quieren producir y que todavía no acontecieron y/o no ganaron terreno.

Veamos. Podríamos decir que el paradigma anterior concebía a los delitos contra la administración pública como un grupo más dentro de los que habría que tutelar. Incluso, en el Código Penal, como en la mayoría de los del mundo, las figuras delictivas se encuentran agrupadas en la segunda parte, dentro de los bienes jurídicos con titulares colectivos. Más de una opinión ha considerado que los títulos del libro Segundo del Código Penal se han ordenado de acuerdo a la importancia que la legislación le asigna.

Luego, podríamos aventurar a sostener que existe un **nuevo paradigma** que se basa en la **prevención** y en la **búsqueda de nuevas herramientas para la lucha contra la corrupción**.

Ya vimos que el fortalecimiento de las medidas preventivas a nivel de la criminalidad en general, lleva a considerar que el **nuevo paradigma de la política criminal** está basado en la **prevención**.<sup>cxxi</sup>

Pero en lo que se refiere a la corrupción, esa idea de prevención está íntimamente ligada a la lucha que se entable en contra de ella, donde ineludiblemente deben tenerse en cuenta las particularidades que ya estudiamos a modo de obstáculos. Es que si existen obstáculos que restan eficacia a la lucha contra este flagelo, la política criminal debe buscar salidas alternativas para erradicarla o disminuirla. La figura del arrepentido vendría a ser uno de esos mecanismos.

De acuerdo a ello, y devenido el nuevo siglo, la corrupción comenzó a ser reputada como un problema endémico de todos los países, al punto de surgir las normativas internacionales que hemos estudiado.

Es decir, el cambio de paradigma estaría basado en la dimensionalidad que adquirió la corrupción pública y en el necesario tratamiento particularizado con que se la aborda desde el enfoque político-criminal. En ese marco se enclava la figura del arrepentido. Como los '80 fue una visagra en lo atinente a la cuestión de los Derechos Humanos, Sanz entiende que los momentos contemporáneos lo son en materia de lucha contra la corrupción, lo cual requiere ante todo romper con el pacto de impunidad (SANZ:154).



Otra cuestión resulta determinar si al respecto se ha verificado una verdadera **revolución científica**, que se presenta cuando un nuevo paradigma sustituye por completo a un paradigma anterior, en virtud de que este último ha quedado obsoleto y ya no puede dar respuesta a las anomalías que se le presentaban.

En definitiva, hacia fines de los '90 y comienzos de los 2000 ha habido algún quiebre que nos podría hacer pensar en un cambio de paradigma, aunque también nos encontramos inmersos en un proceso en el que, pensamos, no se ha sustituido por completo aquel viejo paradigma.

#### **IV. CONCLUSIONES y REFLEXIÓN FINAL.**

Como consecuencia de lo desarrollado en el presente trabajo podemos concluir en algunas ideas puntuales y en una reflexión final:

##### **Algunas conclusiones:**

En virtud del método utilizado, y de acuerdo a los análisis realizados en base a los niveles de racionalidad, podríamos concluir en diversas afirmaciones:

Por un lado, la ley tuvo la intención directa de instituir la figura del arrepentido a los casos de corrupción, aunque se aprovechó también para sistematizar los diversos supuestos dispersos y unificar el régimen en el art. 41 del Código Penal.

Por otro, y no obstante los cuestionamientos éticos que se le pudieran hacer, pareciese estar salvaguardada en respeto a las garantías constitucionales, siempre que en la praxis se lleve a cabo respetando el procedimiento.

Aunque no requiera de demasiados recursos para practicarse, en su todavía incipiente vida, los casos de aplicación que vendrán fortalecerán o debilitarán la eficacia del arrepentido como herramienta de lucha contra la corrupción.

Y más allá de los análisis efectuados a partir de los diversos niveles de racionalidad, el abordaje de la reforma operada mediante la ley 27.304 requiere considerar a la política en su acepción más amplia posible. Esta es la única manera de tener en cuenta todas las consecuencias distorsivas de la corrupción y las herramientas para contrarrestarlas.

Como consecuencia de ello, el análisis político-criminal de una medida contra la corrupción a su vez debe efectuarse poniendo de relieve las particularidades que presentan los delitos contra la administración pública frente a los delitos comunes o más visibles, llamados vulgarmente como callejeros o urbanos. Entonces, resultan necesarios otros mecanismos para hacer frente a la lucha contra los delitos económicos, los transnacionales, y la criminalidad compleja y/u organizada.

Como vimos, muchas de esas características específicas son compartidas por los otros delitos que integran el art. 41 ter del Código Penal; pero también hay cualidades que presenta la corrupción individualmente considerada. La intervención de un funcionario público (con sus implicancias), muchas de las veces político que detenta un gran poder, son una de ellas.

Ese cúmulo de propiedades que detentan los delitos de corrupción requiere una respuesta estatal que, antes que ser sancionados sus responsables, pueda tomar conocimiento de ellos e investigar a los “delincuentes de cuello blanco” que se desenvuelven con impunidad.

La figura del arrepentido, como técnica político-criminal al servicio de la investigación, justamente busca facilitar el rompimiento de las estructuras internas complejas de esas organizaciones, por un lado, y los obstáculos en los casos cometidos por funcionarios públicos con inigualable poder político, por otro.

En este sentido, la reforma de la ley 27.304 parece haberse perfilado, felizmente, en el camino pregonado desde que busca reducir los niveles de impunidad cediendo incluso aplicar pena mediante la reducción con que se beneficiará el delator.

En la lucha contra el crimen organizado, una de las herramientas más efectivas con las que cuenta, o puede contar, el Estado, es la información. Precisamente, la figura del arrepentido se ha revelado como uno de los instrumentos más adecuados para obtenerla.

Nino sostiene que los riesgos que asume quien lleva a cabo actos de corrupción son bajos porque las sanciones formales son leves e improbables (NINO,1992:114). Justamente, la existencia de un mecanismo como la figura del arrepentido es de puntual utilidad para tratar de bajar los niveles de impunidad, que no es otra cosa que la improbabilidad de la sanción a la que hacía referencia este autor.

La lucha contra la corrupción responde además a una intensa demanda social de efectiva persecución de esos comportamientos (DÍEZ RIPOLLÉS, 2008:491); en cuyo desarrollo, sin lugar a dudas, han tenido especial incumbencia los medios masivos de comunicación.

### Reflexión final:

Pareciese que finalmente, **el fin justifica los medios**.

Sin embargo, en este proceso de cambio paradigmático, nos encontramos ante una posición intermedia en lo que respecta a la justificación de los medios para obtener ese fin.

Para lograr la mentada eficacia, podría pensarse, y hay quienes así lo sostienen, que sería bueno que *de lege ferenda*, se habilite incluso la eximición de pena para los arrepentidos. Es decir, tal como está prevista en la delación premiada de Brasil, que se absuelva de pena a quienes delataren a los otros integrantes.

Ello se encontraría justificado en tanto la figura fue instituida para lograr eficacia en la lucha contra la corrupción, y tal como está hoy legislada puede resultar insuficiente, pues parece que se ha “quedado corta”. Sin embargo, resulta eficaz en tanto si bien los co-imputados no logran la eximirse de pena, logran con la rebaja alguna medida morigeratoria o la excarcelación en términos procesales. Ello sin perjuicio del conflicto entre el nivel de eficacia y el nivel de legitimidad o moralidad del derecho.

Ahora bien. Al Derecho Penal le alcanza con encontrar a los responsables y condenarlos efectivamente para satisfacer las finalidades de las diversas teorías sobre el fundamento y fin de la pena. Pero no debemos olvidar que la política criminal considerada como parte de la política general debe ponderar otros fines. Y aquí es donde se pregona que los actos de corrupción deben ser más bien evitados que sancionados después de cometidos.

Por ello es que la implementación de la figura del arrepentido para los casos de corrupción será insuficiente en tanto no vaya acompañada de otras medidas que formen parte de una política pública pensada integralmente y a largo plazo. Esas otras herramientas estarían representadas, por ejemplo, por la recuperación de los bienes habidos en forma ilícita, la prevención, la educación, la información, la transparencia y la

participación ciudadana que se interrogan sobre la función de la sociedad civil y los medios de comunicación en la creación de una cultura contra la corrupción.

Finalmente, es el deseo que la figura del arrepentido se aplique resguardando las garantías que la rodean y en forma excepcional para que no se burlen los fines para los que fue instaurada en la aplicación a los casos de corrupción pública.

## V. BIBLIOGRAFÍA.

### Bibliografía general

- ALAGIA, Alejandro; DE LUCA, Javier y SLOKAR, Alejandro (Directores), *Derecho Penal. Anteproyecto de Código Penal de la Nación*, año III, Nº 8, Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica, Buenos Aires, 2014, ISSN 2250-7558.
- ÁLVAREZ, Ricardo Carlos María, *Política Criminal y Derecho Penal*, en: ÁLVAREZ, Ricardo Carlos María, y otros... (et. al.), *Reforma Penal y Política Criminal. La Codificación en el Estado de Derecho*, VI Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal en Homenaje al Prof. Enrique U. García Vitor, edit. EDIAR Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, ISBN 978-950-574-230-1, 2007, págs. 463 a 506.
- ANIYAR de CASTRO, Lola, *La cuestionada tarea de criminalizar. A propósito de la tendencia a hacer nuevos códigos penales*, en: "Criminología de los Derechos Humanos:

Criminología axiológica como política criminal”, 1º edición, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2010, págs. 81 a 91.

- ANIYAR de CASTRO, Lola, *Pensamiento criminológico y política criminal*, en: “Criminología de los Derechos Humanos: Criminología axiológica como política criminal”, 1º edición, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2010, págs. 31 a 54.
- APARICIO, Julio Enrique, *Hacia una comprensión integral del fenómeno delictivo actual*, en: “Perspectivas sobre la prevención del delito”, Documenta Laboris, serie de trabajos y estudios de investigación, Escuela de Graduados Universidad Argentina John F. Kennedy, N° 4, Buenos Aires, págs. 11 a 77.
- ATIENZA, Manuel, *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, especialmente el capítulo VI: “Nacionales y extranjeros. Las (sin) razones de una discriminación” (los niveles de racionalidad), Barcelona, España, Ariel S.A., 1993.
- BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte general*, especialmente capítulo III, “El derecho penal, la criminología y la política criminal”, Hammurabi, De Palma Editor, Buenos Aires, 1987, págs. 58 a 69.
- BACIGALUPO, Enrique, *Principios Constitucionales de Derecho Penal*, Hammurabi, De Palma Editor, Buenos Aires, 1999, especialmente págs. 73 y ss.
- BECCARIA, Cesare, *De Los delitos y de las Penas*, diversas ediciones y editoriales.
- BINDER, Alberto, *Metapolítica judicial y cambio planificado*, en: “Situación y Políticas Judiciales en América Latina”, cuadernos de análisis jurídico, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Jorge Correa Sutil Editor, Serie Publicaciones Especiales N° 2, Chile, 1993, págs. 605 a 612.
- BIRRIEL, Viviana y otros (et. al.), *Crisis y futuro de la legislación penal*, VII Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, EDIAR Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 2007/2008, ISBN 978-950-574-240-0.
- BOURDIEU, Pierre, *Sobre la Televisión*, traducción de Thomas Kauf, Anagrama, Barcelona, título de la edición original: “Sur la télévision, suivi de L’emprise du journalisme”, Liber Editions, París, 1996.
- CAFFERATA NORES, José I, *Prevención y castigo del delito y seguridad ciudadana*, en: “Justicia penal y seguridad ciudadana. Contactos y conflictos”, edit. Mediterránea, Córdoba, 2000, págs. 19 a 43.
- CALLEGARI, Andrés Luis; y REINDOLF DA MOTTA, Cristina, *Estado y Política Criminal: La contaminación del derecho penal ordinario por el derecho penal del enemigo o la tercera velocidad del derecho penal*, en “El Sistema Penal Normativista en el mundo

contemporáneo”, libro homenaje al Profesor Gunter Jakobs en su 70 aniversario, Eduardo Montealegre Lynett y José Antonio Caro John Editores, Edit. Universidad Externado de Colombia, 2008, págs. 609 a 629.

- CARRARA, Francesco, Opúsculos de Derecho Criminal (Traducción José Ortega Torres/Jorge Guerrero), Bogotá, Edit. Temis, Tomo V, Págs. 51 y ss: “*Fragments sobre la pena de muerte*”.
- CARRANZA, Elías (Subdirector de ILANUD), *Política Criminal y Humanismo en la Reforma de la Justicia Penal*, en Doctrina Nacional, Revista de Ciencias Penales, 1991.
- CESANO, José Daniel, Capítulo *Introducción: El expansionismo penal como nota distintiva de la política criminal argentina reciente. II Inseguridad versus sensación de inseguridad: los medios de comunicación y el sistema penal*, en: ABOSO, Gustavo (Coord.), “*Reformas al Código Penal. Análisis doctrinario y praxis judicial*”, pág. 4 y ss. Editorial B de F Julio César Faira editor, Montevideo – Buenos Aires, 2005.
- CIAFARDINI, Mariano, *Perspectivas criminológicas, políticas Públicas en Seguridad en la República Argentina*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la república Argentina, Dirección Nacional de Política Criminal, Buenos Aires, 2000.
- CIAFARDINI, Mariano, *Delito urbano en la Argentina. Las verdaderas causas y las acciones posibles*, Ariel, Buenos Aires, 2005.
- CRUZ, Carlos Alberto, *Política Criminal. Necesidad de un pensamiento situado*, en: ÁLVAREZ, Ricardo Carlos María y otros... (et. al.), “*Reforma Penal y Política Criminal. La Codificación en el Estado de Derecho*”, VI Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal en Homenaje al Prof. Enrique U. García Vitor, Edit. EDIAR Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, ISBN 978-950-574-230-1, 2007, págs. 217 a 248.
- DE LA RÚA, Jorge, *Cuestiones de política criminal en la legislación penal*, en: ÁLVAREZ, Ricardo Carlos María y otros... (et. al.), “*Reforma Penal y Política Criminal. La Codificación en el Estado de Derecho*”, VI Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal en Homenaje al Prof. Enrique U. García Vitor, Edit. EDIAR Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, ISBN 978-950-574-230-1, 2007, págs. 197 a 206.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI*, en: “*La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo. Una perspectiva comparada (2000-2006)*”, edit. BdeF, Buenos Aires, 2008, págs. 485 a 523.



- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, Práctica y teoría, en “La dinámica de la legislación penal”, Trotta, 2013, especialmente punto 3 “La fase prelegislativa”, págs. 20 a 51.
- DOMENECH, Ernesto, *Innovación y Política Criminal*, en revista “Anales” de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, Editorial de la UNLP, N° XXXIII, La Plata, República Argentina, 1997, págs. 105/115.
- ERBETTA, Daniel, *Fundamentos de la necesidad de la reforma. Filosofía y lineamientos generales del Anteproyecto de reforma integral argentino*, en: ÁLVAREZ, Ricardo Carlos María y otros... (et. al.), “Reforma Penal y Política Criminal. La Codificación en el Estado de Derecho”, VI Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal en Homenaje al Prof. Enrique U. García Vitor, Edit. EDIAR Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, ISBN 978-950-574-230-1, 2007, págs. 121 a 140.
- ERBETTA, Daniel, *Seguridad y Reformas Penales ¿Hacia dónde vamos?*, en: “Revista de Derecho Penal”, Director Edgardo Alberto Donna, Edit. Rubinzal – Culzoni, 2006, Tomo 2006 – 1 Autoría y Participación III, págs. 513 a 539. También publicado en DONNA, Edgardo Alberto (Director), “Reformas Penales Actualizadas”, págs. 45 a 71.
- GARGARELLA, Roberto, *Los desafíos republicanos a la represión penal*, Texto que aumenta y modifica: “Cultivar la virtud. La teoría republicana de la pena y la justicia penal internacional”, en: “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal N° 16”, Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.
- GARLAND, David, *Castigo y Sociedad Moderna. Un estudio de teoría social*, Siglo XXI Editores, 1999.
- GARLAND, David, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Edit. Gedisa, 2001.
- GUTIÉRREZ, Mariano H, *Sobre las ideologías actuales en las reformas penales*, en “Revista de Derecho Penal y Criminología”, Año VI, N° 05, Junio 2016, ISSN 0034-7914.
- HALPERIN DONGHI, Tulio, *Prólogo” a Proyecto y construcción de una Nación, “Prólogo” a Vida y muerte de la república verdadera*, Ariel, Buenos Aires, 1997.
- HASSEMER, Winfried, *Crítica al Derecho Penal de hoy*, Ad-Hoc, Buenos Aires, República Argentina, 1998.
- HASSEMER, Winfried, *Perspectivas de una nueva política criminal*, Conferencia de apertura de las XIX jornadas del Abogado penalista dictada el 24 de marzo de 1995 en Frigurgo, traducción de Diego L. Guardia, Alemania, 1995.

- ISLA, Alejandro y MÍGUEZ, Daniel, *Heridas Urbanas. Violencias delictivas y transformaciones sociales en los noventa*, Editorial de las Ciencias, Flacso, Buenos Aires, 2003.
- JESCHEK, Hans Heinrich, *La crisis de la política criminal*, En Revista Doctrina Penal, Ediciones De Palma, Año 3, N° 3 a 12.
- JIMENEZ de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, Edit. LOSADA, Buenos Aires, 1956.
- KESSLER, Gabriel, *El sentimiento de inseguridad, Sociología del temor al delito*, Siglo Veintiuno, 3° edición, Buenos Aires, 2015.
- KUHLEN, Lothar, *Bienes jurídicos y nuevos tipos de delitos*, en: “Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo”, Atelier Libros Jurídicos, España, 2006, págs. 225 a 235, título original: “Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung, Nomos Verlagsgesellschaft”, Baden-Baden, 2006.
- LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Fundamentos de técnica legislativa*, La ley, Buenos Aires, 1999; especialmente el capítulo sobre las Checklisten (Cap. II: “La inflación legislativa y las técnicas que la contrarrestan”); publicado también como *Las Checklisten. Una Técnica Contra la Inflación Legislativa*, en Revista jurídica La Ley, 1996-E, 1324.
- MARCHIORI, Hilda, *Victimología y prevención del delito*, en: “Perspectivas sobre la prevención del delito”, Documenta Laboris, serie de trabajos y estudios de investigación, Escuela de Graduados Universidad Argentina John F. Kennedy, N° 4, Buenos Aires, págs. 137 a 154.
- MORENO, Rodolfo, *El Problema Penal*, segunda edición, Buenos Aires, Edit. Cuadernos Argentinos, Talleres LJ Rosso, Buenos Aires, 1933.
- NINO, Carlos Santiago, *Estigmatización de la pena y el programa abolicionista*, En: “Los límites de la Responsabilidad Penal. Una Teoría libre del delito”, Edit. ASTREA de Alfredo y Ricardo Depalma, Bs. As., 1980.
- NINO, Carlos, *Un país al margen de la ley. Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*, Emecé, Buenos Aires, 1992, especialmente capítulo 3: La anomia en la vida social de la Argentina.
- NUÑEZ, Ricardo C, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 5° edición actualizada por el Dr. Roberto E. Spinka, Lernet Editora S.r.l., Buenos Aires, 2009.
  - OUVIÑA, Guillermo, *Problemática criminal y tratamiento interdisciplinario*, [http://163.10.15.1/contenidos/Alumnos/catedras/biblioCat/524c2t\\_probpenal.php](http://163.10.15.1/contenidos/Alumnos/catedras/biblioCat/524c2t_probpenal.php)

- RIGHI, Esteban, *Derecho Penal, Parte General*, 1era edición, edit. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, especialmente el capítulo 4 “Principios fundamentales de política criminal” (págs. 15 a 20) de las “Nociones Preliminares”.
- RIGHI, Esteban; y FERNANDEZ, Alberto A, *Derecho Penal. La ley. El delito. El proceso y la pena*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- RIQUERT, Marcelo A, *Reformas al código penal (desde el año 2000)*, En: <http://catedrariquert.blogspot.com.ar/>
- ROXÍN, Claus, *Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría de delito*, traducción de la 2º edición alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Edit. Civitas, S.A., 1997.
- RUSCONI, Maximiliano, *Un sistema de enjuiciamiento influido por la Política Criminal*, en: “Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio J. Maier, Editores del Puerto, 2005, 1º Edición, Bs.As., págs. 431 y ss.
- SARTORI, Giovanni, *Homo videns. La sociedad teledirigida*, Taurus, Madrid, 1998.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Segunda edición, revisada y ampliada, Universidad Pompeu Fabra, 2001, Disponible en: <http://webcache.googleusercontent.com> [En línea] [Fecha de consulta: 10 de noviembre de 2016].
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Política Criminal y Persona*, Ad-Hoc, Buenos Aires, República Argentina, 2000, especialmente el Capítulo II “Eficiencia y Derecho penal”.
- SLOKAR, Alejandro, *La reciente política legislativa penal en Argentina*, en: ÁLVAREZ, Ricardo Carlos María y otros... (et. al.), *Reforma Penal y Política Criminal. La Codificación en el Estado de Derecho*, VI Encuentro de la Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal en Homenaje al Prof. Enrique U. García Vitor, Edit. EDIAR Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, ISBN 978-950-574-230-1, 2007, págs. 141 a 178.
- SUEIRO, Carlos Christian, *Criminalidad Informática. La eficacia político criminal de la reforma al Código Penal en materia de delitos informáticos. Análisis de las leyes 26.388, 26.685 y 26.904*, Rústica, Buenos Aires, 2015.
- TAMARIT, Josep, *Política criminal con bases empíricas en España*, Polít. Crim. N° 3, 2007, A8, págs 1 a 16. [<http://www.politicacriminal.cl>]
- TAMINI, Adolfo Luis, *La inflación del derecho penal y una vía para contrarrestarla (la administrativización)*, En: “Temas de Derecho Penal - Libro homenaje a Guillermo J. Ouviaña”, Ernesto Eduardo Domenech e Iris Edith La Salvia (Coords.), Librería Editora Platense, La Plata, 2012, págs. 337 a 351.

- TAU ANZOATEGUI, Víctor, *La codificación en la Argentina. Mentalidad social e ideas jurídicas*, Buenos Aires, 1977.
- VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel, *Política criminal. Concepto, finalidades, función y método*, Letras jurídicas, N° 20, 2015, ISSN 1870-2155 [En línea] [Fecha de consulta: 27 de octubre de 2017]. Link: <http://cuci.udg.mx/letras/sitio/index.php/2016-04-11-13-34-42?download=267%3Apolitica-criminal.-concepto-finalidades-funcion-y-metodo>.
- VITALE, Gustavo L, *Estado Constitucional de Derecho y derecho penal*, en: “Influjo de las garantías enunciadas en el ámbito del Derecho Penal y en particular en ciertas cuestiones centrales de las teorías de la ley penal, del delito y de la pena”, en: “Teorías actuales en el derecho penal. 75º aniversario del C.P.”, AD HOC. Srl, Bs. As, Págs. 77 y ss.
- WACQUANT, Loïc, *Las cárceles de la miseria*, ed. Manantial, Buenos Aires, República Argentina, 2000, Prefacio, Capítulo I: Cómo llega a los europeos la “sensatez penal”, Posfacio.
- WALZER, Michael; *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México.
- YACOBUCCI, Guillermo, *¿Cómo interpretar la política criminal de nuestros días?*, ED, 2004.
- YACOBUCCI, Guillermo, *La transformación del Derecho Penal Argentino*, Prudentia Iuris N° 80, UCA, Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, 2015 [En línea] [Fecha de consulta: 10 de noviembre de 2016]. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/transformacion-derecho-penal-yacobucci.pdf>
  - ZAFFARONI, Eugenio, *La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal*, Prólogo editorial a la edición 1999/A de la revista NDP Nueva Doctrina Penal, dirección de Julio B. J. Maier, Editores del Puerto S.r.l, Buenos Aires, 1999, págs. I a XXIV.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; y SLOKAR, Alejandro, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2005.
- ZIPF, Heinz, *Introducción a la Política Criminal*, Editorial Revista de Derecho Privado (Editoriales de Derecho reunidas), Jaén, España, 1979, especialmente capítulo I: “La política criminal en el marco general de la ciencia del derecho penal”. También en edit. Edersa, traducción de Miguel Izquierdo Macías-Picavea, Madrid, 1979.
- ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Política Criminal*, Editorial COLEX, 2001.

### Bibliografía específica (*Corrupción y figura del arrepentido*)

- BARAGLI, Néstor y RAIGORODSKY, Nicolás, *Convención Interamericana contra la corrupción. Implementación de un eficaz instrumento internacional de lucha contra la corrupción*, Ministerio de justicia y Derechos Humanos, oficina Anticorrupción, 1º edición, Buenos Aires, 2004.
- BERIZONCE, Roberto O, *El exceso en el ejercicio del poder jurisdiccional*, en: D'ARGENIO, Inés (Dirección), *Ejercicio de la función pública. Ética y transparencia*, Homenaje al Profesor Bartolomé Fiorini, Librería Editora Platense, La Plata, 2007, Pág. 111 y ss.
- BLANCO CORDERO, Isidoro, *Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio)*, en: CAPARRÓS, Eduardo Fabián; ONTIVEROS ALONSO, Miguel; RODRIGUEZ GARCÍA, Nicolás, *“El Derecho Penal y la Política Criminal frente a la corrupción”*, edit. Ubijus, INACIPE, Grupo de Estudio contra la Corrupción, Universidad de Salamanca, España, 2012, págs. 337 a 371.
- BOTASSI, Carlos, *Ética, administración pública y corrupción*, en: *“Administración pública y corrupción”*, Marcelo Lamoglia y Nicolás Rodríguez García (Directores), edit. Scotti – Zabalía, 2016, págs. 61 a 88.
- CARRERA, María Lina y BERTACHINI, Julián María, *Ley del Arrepentido: sanción y modificaciones parlamentarias*, Revista de Derecho Penal y Criminología, Año VI, N° 11, diciembre 2016, págs. 49 a 53.
- CONTRERAS ALFARO, Luis Humberto, *Corrupción y principio de oportunidad penal. Alternativas en materia de prevención y castigo a la respuesta penal tradicional*, edit. Ratio Legis, Grupo de Estudio contra la Corrupción, Universidad de Salamanca, N° 2, España, 2005.
  - CRUCHAGA, Melchor, *Responsabilidad constitucional de los magistrados inferiores de la Nación*, en Echevesti, Carlos A. (Dirección), *“Responsabilidad de los Funcionarios Públicos”*, Edit. Hammurabi, José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 2003, Cap. IV, pág. 235 a 325.
- DANIELE, Nélida Mabel, *Responsabilidad del Estado y transparencia*, en: D'ARGENIO, Inés (Dirección), *“Ejercicio de la función pública. Ética y transparencia”*, Homenaje al Profesor Bartolomé Fiorini, Librería Editora Platense, La Plata, 2007, págs. 159 a 184.
- DOMENECH, Ernesto E., *La corrupción en una sociedad anómica. Una aproximación penal a la corrupción para observadores curiosos*, en: *“Administración pública y corrupción”*, Marcelo Lamoglia y Nicolás Rodríguez García (Directores), edit. Scotti – Zabalía, 2016, págs. 133 a 156.



- DOMENECH, Ernesto E.; AMBROSIS, Roberto; y DE LUCA, Marcela (colaboradores), Capítulo: *Responsabilidad Penal y Función Pública*, en Echevesti, Carlos A. *“Responsabilidad de los Funcionarios Públicos”*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, págs. 130 a 166.
- DOMENECH, Ernesto, *El demócrata pensador*, en: D’ARGENIO, Inés (Dirección), *Ejercicio de la función pública. Ética y transparencia*, Homenaje al Profesor Bartolomé Fiorini, Librería Editora Platense, La Plata, 2007, págs. 75 a 79.
- FUCITO, Felipe, *Algunas consideraciones sobre la corrupción desde la sociología jurídica y la historia nacional*, en: “Administración pública y corrupción”, Marcelo Lamoglia y Nicolás Rodríguez García (Directores), edit. Scotti – Zabalía, 2016, págs. 158 a 188.
- GONZÁLEZ DA SILVA, Gabriel, *Consideraciones sobre la operación “lava jato”. Régimen legal del arrepentido, prisión preventiva e “impeachment” en el Brasil*, Revista de Derecho Penal y Criminología, Año VI, N° 05, junio 2016, págs. 201 a 213.
- GONZÁLEZ DA SILVA, Gabriel, *Comentarios al nuevo régimen legal del arrepentido en los “delitos de corrupción”*, Revista de Derecho Penal y Criminología, Año VII, N° 01, febrero 2017, págs. 19 a 30.
- GRISSETTI, Ricardo Alberto, *Ley del Arrepentido. Una normativa que regula nuevas técnicas de investigación criminal*, Revista de Derecho Penal y Criminología, Año VI, N° 11, diciembre 2016, págs. 54 a 74.
  - GORDILLO, Agustín A., *Convención Interamericana contra la Corrupción*, edit. Astrea, Buenos Aires, 2003, link: [www.gordillo.com](http://www.gordillo.com)
- HENDLER, Edmundo, *La figura del arrepentido*, (Cap. XVII), en: “Teorías Actuales en el Derecho Penal. 75º aniversario del Código Penal”, Edit. AD HOC Srl., Bs.As., Argentina, pág. 393 y ss.
- HUERGO, María Victoria, *Notas sobre prevención, investigación y juzgamiento de la corrupción*, en: “Administración pública y corrupción”, Marcelo Lamoglia y Nicolás Rodríguez García (Directores), edit. Scotti – Zabalía, 2016, págs. 189 a 228.
- HUTCHINSON, Tomás, *Breves reflexiones acerca de la corrupción*, en: “Administración pública y corrupción”, Marcelo Lamoglia y Nicolás Rodríguez García (Directores), edit. Scotti – Zabalía, 2016, págs. 229 a 256.
- KATZ, Alejandro [et al.], *Poder Ciudadano, Corrupción y transparencia - informe 2016-2017*, compilado por Pablo Secchi; Karina Kalpschtrej; Pilar Arcidiácono, 1º edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Eudeba, 2017.



- MANNOZZI, Grazia, *Combatir a la corrupción. Un recorrido entre criminología y derecho penal (Fighting corruption: between criminal law and criminology)*, Biblioteca Virtual del instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2008, [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)
- MANSO PORTO, Teresa, *El blanqueo de capitales entre la dogmática y la política criminal internacional: resultados desde una perspectiva de derecho comparado*, en: "Estudios Penales y Criminológicos", Vol. XXXI, 2011, ISSN 1137-7550: 305-324.
- MILANTA, Claudia A.M., *Reflexiones en torno a la transparencia en la función pública y al control judicial suficiente en materia administrativa*, en: D'ARGENIO, Inés (Dirección), "Ejercicio de la función pública. Ética y transparencia", Homenaje al Profesor Bartolomé Fiorini, Librería Editora Platense, La Plata, 2007, pág. 185 y ss.
  - OUVIÑA, Guillermo J., *La Dimensión de una ausencia. Bielsa (1899-1966)*, edit. Dunken, Buenos Aires, 2006.
- PALACIO LAJE, Carlos, *El arrepentido en los delitos de corrupción ¿La excusa absolutoria es posible en estos delitos?*, en La Ley Actualidad del 23/7/2009.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Los delitos de corrupción de funcionario y criminalidad organizada [En línea]* [Fecha de consulta: 27 de octubre de 2017], Link: [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op\\_20080612\\_49.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasportales/op_20080612_49.pdf)
- RIQUERT, Marcelo, *El arrepentido ¿Colaborador eficaz o delator premiado? Análisis de la ley 27.304, Hammurabi, Buenos Aires, 2017.* (Temas tratados: Nuevos arts. 41 «ter» y 276 «bis» del Código Penal. Reglas procesales de la ley 27.304. Confidente policial. Denuncia anónima. Informante premiado (ley 27.319). Protección de imputados colaboradores y testigos. Desfederalización del régimen de estupefacientes y uso de técnicas especiales de investigación).
- SCHREGINGER, Marcelo José, *La transparencia desde la óptica judicial*, en: D'ARGENIO, Inés (Dirección), *Ejercicio de la función pública. Ética y transparencia*. Homenaje al Profesor Bartolomé Fiorini, Librería Editora Platense, La Plata, 2007, pág. 503 y ss..
- SEARA, Juan Ignacio, *El compromiso de Fiorini con el control judicial de la actividad administrativa*, en: D'ARGENIO, Inés (Dirección), "Ejercicio de la función pública. Ética y transparencia", Homenaje al Profesor Bartolomé Fiorini, Librería Editora Platense, La Plata, 2007, pág. 419 y ss..
- SPACAROTEL, Gustavo, *Las potestades discrecionales y el control judicial*, en: D'ARGENIO, Inés (Dirección), "Ejercicio de la función pública. Ética y transparencia", Homenaje al Profesor Bartolomé Fiorini, Librería Editora Platense, La Plata, 2007.
- SPOLANSKY, *El llamado arrepentido en materia penal*, La Ley, 2001-F, 1434.

- VEGA, Dante Marcelo, *Las figuras del "arrepentido" y del agente encubierto en la ley de reformas al régimen de estupefacientes N° 24.424*, Conferencia pronunciada por el autor en las Jornadas de "Actualización de Derecho Penal" en homenaje al Dr. Ricardo C. Núñez, Universidad de Mendoza, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales el día 13 de junio de 1997.

#### Otras fuentes (*Material periodístico, documental e información de Internet*):

- ALCONADA MON, Hugo, *La raíz de todos los males. Como el poder montó un sistema para la corrupción y la impunidad en la Argentina*, Espejo de la Argentina, Planeta, Buenos Aires, 2018.
- AFTALION, M.E.; MORA Y ARAUJO, M.A.; y NOGUERA, F.A. *¿Qué nos pasa a los argentinos? Un análisis fuera de lo común de un país casi incomprensible. Una indagación profunda acerca del malestar argentino*, Sudamericana Planeta, Buenos Aires, 1985.
- CAPARRÓS, Martín, *Argentinismos, las palabras de la patria*, Planeta, Buenos Aires, 2011.
- CARRIÓ, Alejandro, *Digamos Basta si queremos ser serios en serio, Breve ensayo sobre los argentinos y su conflictiva relación con las leyes*, Sudamericana, Buenos Aires, 2008.
- FRAGA, Rosendo, *Los '90, la ilusión perdida*, El Ateneo, Buenos Aires, 2001.
- GRONDONA, Mariano, *La corrupción*, 3º edición, Planeta, espejo de la Argentina, Buenos Aires, 1993.
- LANATA, Jorge, *10 K, la década robada, datos y hechos en los años de la grieta*, Planeta, Buenos Aires, 2014.
- PONTAQUARTO, Mario, *El arrepentido. Cómo se hace política en Argentina*, 1º edición, Sudamericana, Buenos Aires, 2005 (Autobiografía).
- SANZ, Ernesto, *Apuntes de trabajo para la Argentina que viene*, Divulgación Política, edit. Del Nuevo Extremo SA, 2015, Bs As., 1era edición. Coordinado por Gabriela Kogan.
- ONU, *Acción mundial contra la corrupción, Los documentos de Mérida*, Oficina de las Naciones Unidas Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Naciones Unidas, Viena, 2005.
- Dossier Legislativo Trámite Parlamentario de Leyes Sancionadas durante el Período Legislativo 134 - Año 2016, Año V – N° 123 – mayo 2017. Biblioteca del

Congreso de la Nación, Dirección Servicios Legislativos, Subdirección Documentación e Información Argentina, Departamento Gestión Legislativa Argentina, ISSN 2314-3215.

- Honorable Cámara de Diputados de la provincia de Buenos Aires, “*Audiencia Pública sobre Política Criminal*”, Libro realizado en base a la versión taquigráfica de los oradores de la Audiencia, 2000.
- <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/adebates.htm>
- <http://www.eticaycompliance.com.ar/tag/corrupcion>
- <http://poderciudadano.org>

También habíamos dicho que la expresión “política criminal” era ambigua, pero la diferencia radica en que en definitiva las diversas acepciones surgían de la misma familia o de la misma idea. Mientras los diferentes usos de la palabra “corrupción” en su concepción etimológica nacen de la misma idea, en el Derecho Penal se deslindan dos conductas bien diferenciadas, con bienes jurídicos protegidos muy diferentes que no guardan ninguna relación entre sí.

<sup>v</sup> Etimológicamente, la palabra proviene del latín “*corrumpo*”, que alude a la idea de “echar a perder” o “alterar”, aún cuando en una de sus acepciones indique directamente “sobornar” (Diccionario ilustrado Latino-Español Español-Latino, Edit. Biblograf S.A., Barcelona, 1968).

<sup>vi</sup> Cabe agregar que como derivación de esta acepción, la RAE trae también la definición específica de “corrupción de menores”, describiéndola como el “*delito consistente en promover o favorecer la prostitución de menores o incapaces, su utilización en actividades pornográficas o su participación en actos sexuales que perjudiquen el desarrollo de su personalidad*”.

<sup>vii</sup> Utilizamos como punto de partida la definición de Nino porque pese a no tratarse de una definición legal, está conformada por los condimentos sociales y políticos que emergen del pensamiento crítico y reflexivo que el autor intenta dejar plasmado en su obra “Argentina, un país al margen de la ley”.

<sup>viii</sup> Art. 1: “*Para los fines de la presente Convención, se entiende por: “Función pública”, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos. “Funcionario público”, “Oficial Gubernamental” o “Servidor público”, cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.*”

<sup>ix</sup> Incluso la periodicidad en sus funciones llega a enaltarse como principio de una República como forma de gobierno. A tal efecto las constituciones y las leyes en Argentina generalmente limitan las posibilidades para que los funcionarios que se encuentran en las cabezas de los poderes ejecutivos nacional y provinciales, y en menor medida en los municipios, puedan ser reelectos en sus mandatos en forma indefinida. Quienes ejecutan las leyes como miembros del Poder Ejecutivo o de las carteras ministeriales, reparticiones y entes autárquicos, son los funcionarios que mayor contacto y manejo tienen con los fondos públicos.

<sup>x</sup> Establece el art. 67 del Código Penal que “*La prescripción también se suspende en los casos de delitos cometidos en el ejercicio de la función pública, para todos los que hubiesen participado, mientras cualquiera de ellos se encuentre desempeñando un cargo público*”.

<sup>xi</sup> Una cosa es hablar del sujeto activo de la figura delictiva del cohecho pasivo, que es el funcionario público, y otra hablar del sujeto pasivo en el acto de corrupción consistente en el soborno o la coima, que será justamente ese mismo funcionario.

<sup>xii</sup> No por nada la ley 27.401 de responsabilidad penal empresarial tiene una previsión específica sobre la contratación con el Estado Nacional (Art. 24). Muchos de los actos de corrupción de los últimos tiempos se vinculan a las irregularidades en la contratación de la obra pública. Algunos de los implicados detenidos en prisión preventiva amenazan con comenzar a hablar y en su caso, hacer uso de la herramienta del art. 41 ter para lograr algún beneficio. Y en la última hora, existe una vía de investigación que sugiere que en la reparación del Submarino “ARA San Juan” siniestrado se llevó a cabo una irregular adquisición de repuestos. En fin: “Pagos de “sobrepagos” y “comisiones”, “licitaciones a medida”, subcontratistas “preferidos” a la hora de discutirse una contratación pública, entre otras, son nociones que también han pasado a integrar nuestro folklore” (CARRIÓ,2008:136).

<sup>xiii</sup> Con ese pensamiento, Alejandro Carrió sostiene que “*La corrupción gigantesca que nuestro país exhibe sencillamente no sería posible con empresarios que, en cada ocasión a su alcance, se hubiesen opuesto a jugar el juego que los funcionarios le presentaban*” (CARRIÓ,2008:136).

<sup>xiv</sup> Como veremos al momento de analizar en concreto el contenido de la ley 27.304, la figura del arrepentido alcanza ahora a los delitos previstos en los capítulos VI, VII, VIII, IX, IX bis y X del título XI (todos delitos contra la administración pública), y a las figuras tipificadas en el inciso 5 del artículo 174 del Código Penal (Fraude en perjuicio de alguna administración pública).

<sup>xv</sup> Como lo pondremos de relieve más adelante, la reforma de la ley 27.304 extendió la posibilidad de utilizar la figura y constituirse en colaborador arrepentido a todos los partícipes del delito sin importar el modo en que hayan intervenido. Por el contrario, las otras leyes lo limitaban a los partícipes que delataren a los autores o quienes hayan tenido un grado de participación igual o mayor que él. Nos referimos a las leyes N° 25.241 sobre hechos de terrorismo, N° 23.737 sobre tráfico de estupefacientes, y N° 25.246 sobre lavado de activos de origen delictivo.

<sup>xvi</sup> No escapa a esta idea la vieja conocida pero tan actual frase: “*Todos los caminos conducen a Roma*”. En la jerga popular se ilustra ello mediante el relato en el cual se dice que si un cliente le entrega un billete marcado a una prostituta y posteriormente se rastrea su camino, sin lugar a dudas ese mismo billete pasará por algunas manos intermedias para en definitiva caer como destino en manos del comisario,

del gobernador o de quien concentre el más alto poder de control en ese ámbito en el que “*está haciendo la vista gorda*”.

<sup>xvii</sup> El cohecho alude casi exclusivamente al soborno, y este a su vez está entendido como limitado a la entrega de dinero o alguna otra ventaja de tipo económica.

<sup>xviii</sup> No solamente implica soborno la entrega o recepción de dinero u otros bienes en concepto de dádivas, sino también cualquier ventaja patrimonial como la exacción de pago, la evitación de erogaciones, etc.

<sup>xix</sup> De hecho cuando se piensa en el cohecho (coima o soborno) se lo hace en alusión a los funcionarios policiales o quienes tienen la potestad de cobrar una multa, como los inspectores de tránsito.

<sup>xx</sup> Los controles no deben ejercerse solamente en las esferas de la Administración Central (ministerios y secretarías direcciones) sino también en los organismos descentralizados, como lo constituyen en la Nación muchos organismos autárquicos, entre los cuales deberían incluirse las Universidades Nacionales, y en la provincia de Buenos Aires ARBA, IOMA, BAPRO, IPS, ABSA, AUBASA, Instituto de la Vivienda, etc..

<sup>xxi</sup> Righi defiende esta concepción de la política criminal tanto en su libro “Derecho Penal, Parte General” publicado en 2007; como ya lo había hecho en “Derecho Penal, la ley, el delito, el proceso y la pena”, cuya autoría comparte con Alberto A. Fernández, publicado en 2005.

<sup>xxii</sup> Más adelante abordaremos específicamente el tema de las principales finalidades político-criminales de la ley.

<sup>xxiii</sup> Sin perjuicio de ello, desde diversas voces se critican los montos relativamente bajos con que están reprimidas las conductas de corrupción en comparación con las más visibles, como los delitos contra la propiedad.

<sup>xxiv</sup> En ese sentido, hay mucho que aprender del ámbito privado. *Si bien lo malo de que los que tienen a su cargo las riendas de la administración pública consideren al Estado como una empresa es que buscarán someter a los trabajadores según la visión marxista; lo bueno es que cuidarán la hacienda como se hace justamente, en el ámbito privado.*

<sup>xxv</sup> Por ejemplo: el modo de atención en las mesas de entradas o informes, la disposición de los espacios de recreación o las comodidades de las salas de espera, etc.

<sup>xxvi</sup> Como lo destacaremos más adelante, las empresas privadas tienen un marcado sesgo mejorador en lo que atañe a las políticas que llevan a cabo para la atención de sus clientes. Nos referimos, concretamente, a medidas relativas a la información, al relevamiento de datos, a la evaluación de proyectos y al control de su evolución, etc., de los que en general carece el sistema público.

<sup>xxvii</sup> De entre esas políticas, se destacan incluso aquellas que proponen beneficios para los empleados de la empresa en concepto de viáticos, regalos, gastos de alojamiento, ocio y recreación; y para los clientes, como viajes, donaciones, contribuciones, etc.

<sup>xxviii</sup> En Argentina, la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas N° 27.401 establece un mecanismo de colaboración eficaz que se puede realizar a través de un acuerdo entre la empresa y el Ministerio Público Fiscal, en el que también se garantiza, al inicio, la confidencialidad.

<sup>xxix</sup> Ley 27.401, Art. 22: “**Programa de Integridad.** Las personas jurídicas comprendidas en el presente régimen podrán implementar programas de integridad consistentes en el conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por esta ley. El Programa de Integridad exigido deberá guardar relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, su dimensión y capacidad económica, de conformidad a lo que establezca la reglamentación.”

<sup>xxx</sup> Ley 27.401, Art. 23: “**Contenido del Programa de Integridad.** El Programa de Integridad deberá contener, conforme a las pautas establecidas en el segundo párrafo del artículo precedente, al menos los siguientes elementos: a) Un código de ética o de conducta, o la existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independientemente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores de forma tal de prevenir la comisión de los delitos contemplados en esta ley; b) Reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público; c) La realización de capacitaciones periódicas sobre el Programa de Integridad a directores, administradores y empleados. Asimismo también podrá contener los siguientes elementos: I. El análisis periódico de riesgos y la consecuente adaptación del programa de integridad; II. El apoyo visible e inequívoco al programa de integridad por parte de la alta dirección y gerencia; III. Los canales internos de denuncia de irregularidades, abiertos a terceros y adecuadamente



difundidos; IV. Una política de protección de denunciantes contra represalias; V. Un sistema de investigación interna que respete los derechos de los investigados e imponga sanciones efectivas a las violaciones del código de ética o conducta; VI. Procedimientos que comprueben la integridad y trayectoria de terceros o socios de negocios, incluyendo proveedores, distribuidores, prestadores de servicios, agentes e intermediarios, al momento de contratar sus servicios durante la relación comercial; VII. La debida diligencia durante los procesos de transformación societaria y adquisiciones, para la verificación de irregularidades, de hechos ilícitos o de la existencia de vulnerabilidades en las personas jurídicas involucradas; VIII. El monitoreo y evaluación continua de la efectividad del programa de integridad; IX. Un responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del Programa de Integridad; X. El cumplimiento de las exigencias reglamentarias que sobre estos programas dicten las respectivas autoridades del poder de policía nacional, provincial, municipal o comunal que rija la actividad de la persona jurídica”.

xxx

Arts. 16 a 21 de la ley, similares y correspondientes a los arts. 20 a 26 del proyecto originario de la Cámara de Diputados sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas – Ver legislación completa en Anexo Documental.

xxxii

Según la versión anterior (de la ley 26.364 de 2008) el art. 41 ter estaba redactado de la siguiente manera: “Las escalas penales previstas en los artículos 142 bis, 145 bis, 145 ter y 170 de este Código podrán reducirse en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo respecto de los partícipes o encubridores que, durante la sustanciación del proceso o antes de su iniciación, proporcionen información que permita conocer el lugar donde la víctima se encuentra privada de su libertad, o la identidad de otros partícipes o encubridores del hecho, o cualquier otro dato que posibilite su esclarecimiento. En caso de corresponder prisión o reclusión perpetua, podrá aplicarse prisión o reclusión de ocho (8) a quince (15) años. Sólo podrán gozar de este beneficio quienes tengan una responsabilidad penal inferior a la de las personas a quienes identificasen.”

xxxiii

Por ejemplo, el art. 56 bis de la ley de ejecución de las penas privativas de libertad N° 24.660 proscribió a muchos de ellos de la posibilidad de que los condenados por ellos obtengan los beneficios comprendidos en el período de prueba. Esta disposición, similar a la del art. 100 de la ley 12.256 de la provincia de Buenos Aires, fue reformada por medio de la ley 27.375 de junio de 2017. Los delitos alcanzados después de esta última reforma y que coinciden con los que enumera la figura del arrepentido actual son algunas de las figuras previstas en los arts. 142 bis 170, 145 bis y ter, 41 quinquies del Código Penal, artículos 5°, 6° y 7° de la ley 23.737 y artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero. Por otra parte, algunos de estos delitos, pocos, son los que enumera el art. 1 de la ley establece el régimen de responsabilidad penal aplicable a las personas jurídicas privadas N° 27.401 publicada en el Boletín Oficial el 1 de diciembre de 2017.

xxxiv

Al menos si se llega a esa conclusión por el número causas en trámite y de personas privadas de libertad en las cárceles provinciales y federales de la Argentina. En este sentido es que se afirma de manera crítica que la persecución penal está dirigida, casi exclusivamente, a un sector de la población que hoy sufre además de las consecuencias económicas de la exclusión de los años '90, la de la exclusión social a través del sistema penal.

xxxv

Aquí es donde se afirma una y otra vez que “la selectividad (material) del sistema penal es un hecho que sólo puede admitirse con algunos límites: por ello, no puede operar en forma de una trampa para el ciudadano, librada al antojo de las agencias ejecutivas” (ZAFFARONI, 2005:101).

xxxvi

La búsqueda de bajar los niveles de violencia en los robos con armas es una de las principales políticas implementadas en los últimos años, no solamente en pos de la protección de la propiedad privada, sino fundamentalmente por la cantidad de personas que fallecen en los mismos. En esa dirección se encaminaron algunas políticas concretas como las que se llevaron a cabo para reducir el tráfico y la tenencia de armas en la población (programas de desarme).

xxxvii

La acepción de “seguridad” que surge del preámbulo de la Constitución Nacional es mucho más amplia que la que se utiliza en la agenda mediática. Recuérdese, además, que incluso entre los abogados se habla de “seguridad jurídica”.

xxxviii

Como lo analizaremos más adelante, bajo esa misma idea de fondo es que Caparrós sostuvo que “Si el seguro consiste en convertir la cuestión social en un asunto policial, el honestismo consiste en hacer lo mismo con la política” (CAPARRÓS:169).

xxxix

La “tolerancia cero” es una política que implementó hace unos años el Alcalde de Nueva York, Rudolph Giuliani, a través de su Jefe de Policía Howard Safir, quien escribió un libro llamado “Seguridad” (Editorial Planeta). En la Argentina se perfiló, en los últimos años, una corriente consecuente con la



imposición de “*la ley y el orden*”, que otorgue mayor poder a las agencias de control social, sobre todo a la institución policial, fuertemente alimentada por estos sectores sociales, exacerbada por los medios masivos de comunicación y llegando incluso en algunos discursos a solicitar expresamente la política de la “*tolerancia cero*”.

<sup>xi</sup> Bajo la concepción del “derecho penal del enemigo” se han enrolado doctrinas que reputan como enemigo de la parte sana de la sociedad, por ejemplo, a los terroristas o a determinados grupos que conspiran contra determinado ideal de Estado. En la Argentina se conoce esta doctrina desde alguna concepción algo alterada, pues con el fin de descalificar el movimiento de reformas penales encabezado por las llamadas “leyes Blumberg”, desde la Academia, parafraseando al Derecho Penal del Enemigo (*Feindstrafrecht*), se llegó a llamarlo el “Derecho Penal de Blumberg” (*Blumbergstrafrecht*) (Tomado de la Revista NDP, Nueva Doctrina Penal, 2004 B, Editores del Puerto, Bs As, 2004, pág. 1).

<sup>xli</sup> Al respecto, sostiene Caparrós que en la Argentina existe la convicción generalizada de que todos los políticos son corruptos (CAPARRÓS:32); y que “*ningún insulto será más insultante que si te dicen político*” (CAPARRÓS:28).

<sup>xlii</sup> De la misma característica participan todos los bienes jurídicos protegidos en la segunda mitad del Libro Segundo del Código Penal; como lo son, además de la administración pública, la seguridad pública, el orden público, la seguridad de la nación, los poderes públicos, el orden constitucional, la fe pública, o el orden económico y financiero.

<sup>xliii</sup> Piénsese en los nuevos eslóganes que desde las organizaciones de víctimas o desde los medios masivos de comunicación se alzan contra los actos de corrupción. A modo de ejemplo, pueden invocarse las condenas verificadas en el caso Cromagnón, o las no impuestas en la voladura del Arsenal de Río Tercero. Más cercano en el tiempo, podríamos citar las consecuencias de la corrupción que fue comprobada a partir del caso del siniestro ferroviario de Once en CABA que dejó 52 fallecidos. Allí, se sostuvo que los recursos desviados que debían ser destinados al mantenimiento de los coches (en este caso de los frenos) motivó el desenlace fatal. A partir de estos casos hay una frase que nunca será despojada del sentir nacional: “*La corrupción también mata*”. A ella la acompañan otras consignas: “*Cárcel a los verdaderos responsables*”, “*Si pudo evitarse no es tragedia es corrupción*” y otras más puntuales como “*Ni error humano ni el conductor, fue Cirigliano y la puta corrupción*”. En una entrevista que la CTA realizó al periodista político Carlos Gabetta, este sentenció: “*La corrupción es más que un problema moral: ¡mata!*”.

<sup>xliv</sup> Lanata, en su libro “*10 K, la década robada, datos y hechos en los años de la grieta*” describe los reiterados casos en que los aviones sanitarios que deberían haber estado destinados a las urgencias de la población para sus traslados a instituciones de salud especializadas, no fueron utilizados porque en ese momento se encontraba desviada su finalidad. Por ejemplo, describe concretamente que en una oportunidad, el Gobernador de Tucumán Alperovich había utilizado una de esas aeronaves para ir a Punta del Este cuando una niña que necesitaba ser trasladada no pudo serlo y falleció a causa de la complejidad de su estado y la falta de atención especializada oportuna (LANATA:440).

<sup>xlv</sup> Recordemos que la definición irónica de Caparrós de la política como argentinismo consistía en el “*Conjunto de operaciones por las que un grupo de anormales se llena los bolsillos gracias al uso del poder*” (CAPARRÓS:28).

<sup>xlvi</sup> Alfredo Leuco, en “*Juicio y Castigo*” (Sudamericana, 2015), habla de la mega-corrupción y afirma que la tragedia de Once no puede, por ello, ser llamada “accidente” (LEUCO:248).

<sup>xlvii</sup> Por ejemplo, el autor dice que si los administradores se robaran un porcentaje del dinero destinado a los hospitales, todavía quedaría por definir qué cantidad de dinero o porcentaje presupuestario debe destinarse a ellos para que los pobres sean quienes realmente los usen, frente a los más adinerados que siempre acudirán a las prestaciones privadas (CAPARRÓS:169).

<sup>xlviii</sup> En ese sentido es que desde la política criminal se ha estudiado la dicotomía “garantismo-represionismo” que de alguna manera se vio reflejada en la posición e ideologías de los dos sectores que conformaron la gran grieta política en la Argentina.

<sup>xliv</sup> Todas estas reformas se enmarcan en el Proyecto Justicia 2020 y alcanzan a leyes de orden nacional de fondo como procesal: la reforma del Código Procesal Penal de la Nación, la regulación de las responsabilidad penal de las personas jurídicas, modificaciones al régimen penal de la infancia que incluyen la discusión sobre la edad de imputabilidad, la organización del poder judicial, etc...

<sup>i</sup> Recordemos que estas personas son la totalidad de los muchos de aquellos que se encuentran alcanzados por la definición de “funcionario público” del art. 77 del Código Penal.

li Un criterio armónico de las garantías judiciales, la fundamentación de la prescripción y sobre todo la seguridad jurídica, avalan esta posición de que solamente procede en favor del justiciable. En nuestra provincia, así lo dispone el art. 467 del Código de Procedimientos Penales (Texto según Ley 12.059) que dice: *"Procedencia: La acción de revisión, procederá, en todo tiempo y en favor del condenado, contra las sentencias firmes..."*.

lii Este principio fue blanco de muchas interpretaciones y alcances diversos, no está reconocido expresamente en la Constitución (art. 33 C.N.) pero sí en la normativa procesal (art. 1 del C.P.P.), en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos que reconocen la garantía (art. 75 inc. 22 C.N.), y en los últimos años pareciera que quiso ser incorporado a través del reconocimiento legal del principio de culpabilidad. Así, por ejemplo, en el art. 1 del Anteproyecto de Código Penal, donde los mismos integrantes de la comisión reformadora dejaron entrever esa finalidad en la exposición de motivos correspondiente a esa disposición preliminar.

liii *"Hay otra frase clásica de los políticos durante épocas de grave corrupción: 'Yo confío en la Justicia', suelen decir los funcionarios cuando saben que el encargado de juzgarlos será alguien que, por compromisos personales pasados, o temor a represalias, no actuará con la independencia necesaria y no hará, en definitiva, lo que se espera de los jueces: que apliquen la ley por igual"* (CARRIÓ, 2008:46).

liv Muchas de estas denuncias fueron llevadas a cabo por el ahora ex titular – Presidente - de la Asociación Civil Anticorrupción, y abogado dedicado a la profesión, Ricardo Monner Sans, quien sostiene que en esos casos debe realizarse nuevamente el juicio porque ha existido una causal de nulidad del mismo y no podría avalarse que un hecho ilícito genere derechos en los ciudadanos. Más recientemente, Federico Morgenstern publicó el libro *"Cosa Juzgada Fraudulenta"*.

lv Entonces, la estructura que expondremos se encuentra influenciada, principalmente, por los niveles de racionalidad que plantea Atienza en el capítulo VI de su obra. Pero por cuestiones que tienen que ver con la finalidad del trabajo, nos permitimos alterar el orden en que el autor ordena esos niveles de racionalidad. Atienza, adrede, ordena los niveles de racionalidad de la siguiente manera: 1) lingüística; 2) jurídico formal; 3) pragmática; 4) teleológica; y 5) ética. Explica al respecto que en el esquema que propone, cada nivel de racionalidad es jerárquicamente superior al anterior (ATIENZA:224). Y agrega que en definitiva, la racionalidad ética opera como el último de los niveles al que deben subordinarse los otros (ATIENZA:240). Del mismo modo, en cada uno de estos niveles invocaremos las opiniones y clasificaciones que realiza el profesor Leiva Fernández en *"Fundamentos de Técnica Legislativa"*, especialmente en lo atinente a las *checklisten*. Las Checklisten son directivas para chequear diversas cuestiones ante la posibilidad de una reforma. Es una lista de cosas que uno tiene que chequear: una lista de preguntas, un cuestionario.

lvi Optando por el temperamento contrario pero a nuestro criterio correcto, Rodolfo Rivarola comenzaba su obra *"Derecho Penal Argentino. Parte General"* de 1910 describiendo la realidad de la Nación de principios del siglo pasado. Así, previo a entrar a considerar las cuestiones jurídicas, su libro contenía un primer capítulo introductorio sobre los *"orígenes y formación del derecho penal argentino"* en donde abordaba temas como la *"composición de la actual sociedad argentina"*.

lvii Ya aludimos a la idea que Lanata plasmó en su último libro, en donde entiende que la década gobernada por los presidentes Néstor Kirchner y Cristina Fernández se caracterizó por la corrupción en tiempos de inmejorable situación económica. Esa buenaventura se debió, principalmente, a la coyuntura internacional y la situación de los *commodity*.

lviii Demostrativo de ello es que en las últimas décadas muchos presidentes de los países de Sudamérica fueron destituidos mientras ejercían el poder en virtud de haber sido denunciados por actos de corrupción. Collor de Melo y Dilma Ruseff en Brasil, Carlos Andrés Pérez en Venezuela y Abdalá Bucaram en Ecuador (FRAGA:27).

lix En el fallo *"Miralles"*, con la idea de justificar la mentada imprescriptibilidad de las acciones penales por los delitos de corrupción, los jueces dijeron además que *"el flagelo de la corrupción está incardinado en la historia argentina desde los orígenes hasta la actualidad, variando sus modalidades según las épocas"*. También se pone de manifiesto que se trata de un problema que se remonta hasta los orígenes mismos de la civilización, de lo cual dan muestra los registros bíblicos y las palabras de los profetas que reiteradamente hacían referencia al soborno y a la corrupción. Por ejemplo, en Deuteronomio, Capítulo XVI, Versículos 18 y 19: *"No torcerás el derecho, no harás acepción de personas, ni admitirás cohecho, por el soborno ciega los ojos de ellos sabios y pervierte las palabras de los justos"*.

ix Así, por ejemplo, cuando los legisladores no dan *quorum* para validar un decreto de necesidad y urgencia o cuando, viceversa, el PEN no reglamenta una ley. Ello supone una llamativa forma de legislar por omisión: una “verdadera maravilla” al decir de Carrió (CARRÍO,2008:33).

xi De la misma manera que como argentinos aplaudimos la avivada de Maradona al meter un gol con la mano a los ingleses en el mundial de fútbol de 1986; nos fastidiamos por la falta de “viveza” del ex presidente De La Rúa, cuando en rigor deberíamos, en todo caso, fastidiarnos por los errores que pudo haber cometido este mandatario en sus decisiones, que en realidad ninguno recuerda (CARRÍO,2008:48).

lxii A estos efectos, cabría hacer un paralelismo con el ejemplo que brinda Nino cuando hace referencia a que si la anomia es generalizada porque nadie se detiene en el semáforo en rojo, quien quiere respetar la regla evidentemente será el que causará problemas por “ir contra la corriente”.

lxiii A diferencia de la televisión, las **nuevas tecnologías de información y comunicación** como las redes sociales y los dispositivos del celular, se encuentran favorecidas principalmente por dos características: Una de estas cualidades está constituida por la posibilidad de asociar un texto o la palabra a los meros – *aunque no de menor significativa* – imagen y sonidos puros y propios de la televisión. La otra, quizá la más importante, es la posibilidad de multi-direccionamiento que poseen el celular y la Internet como red (“web”) frente al mensaje unidireccional de la televisión. En otras palabras, mientras la red o la comunicación recíproca permiten el intercambio de opiniones y el control y reciclaje de la información; la TV es observada por muchos pero solo unos pocos deciden qué es lo que se ve y lo que no. Por ello, dadas las similitudes y diferencias, y aunque escape a la finalidad de este trabajo, importaría preguntarnos aquí en qué medida y de qué modo las innovaciones tecnológicas favorecen o podrían aplicarse a los fenómenos que por ejemplo Sartori enunciara para la Televisión.

lxiv Los MMC tradicionales son unidireccionales porque no hay, salvo en algunos casos, un ida y vuelta con los destinatarios de la información, de modo que el usuario consumidor puede, en todo caso, elegir consumirlo o no. En cambio, las redes sociales, al ser multidireccionales, permiten el intercambio de información y la generación por parte del mismo usuario, ya sea que lo haga de modo genuino o compartiendo determinada noticia, acontecimiento u opinión de otro.

lxv En la actualidad, y según los últimos censos, el porcentaje de viviendas sin TV registró un ínfimo número frente a los hogares de clase media que incluso poseen más de un aparato.

lxvi Zaffaroni ha manifestado en su programa televisivo que “*La criminología mediática nunca acierta porque lo único que procura es la venganza*”.

lxvii Asimismo, desde el “discurso de la resistencia”, ciertos autores critican la propagación de delitos relacionados con la violencia doméstica, en un sistema al que califican de “confuso” y acorde a un “*populismo punitivo*”, de criminalización “obsesiva”, y que genera “*efectos perversos*”.

lxviii En nuestro país cabe aludir a ciertos hechos que son comentados en los programas de espectáculos o de la farándula a partir de situaciones de despecho o por desencuentros amorosos de algunos ex funcionarios procesados con sus ex parejas: por ejemplo, los casos Vandrenbroele y Boudou. En forma similar y a la manera del modo en como se llegó a conocer la banda que efectuó el robo al Banco Río de Accasuso, San Isidro (Robo del siglo), en España, las mayores “delaciones” se registran en cabeza de las ex parejas de los políticos implicados. Al respecto, Felipe Fucito, al vincular las cuestiones éticas de la ley del arrepentido que más adelante abordaremos, expresa que “*...la envidia tanto como el negocio forman parte de este cuadro, y la extorsión o el despecho –incluso amoroso– también.*” (FUCITO:178).

lxix En rigor, el efecto *copycat* alude al fenómeno social que se verifica cuando alguien imita la conducta que llevó a cabo otro en las mismas circunstancias y que fuera conocida mediante los MMC. En la criminología, se lo utiliza para referenciar el *modus operandi* de algún crimen que imita, por ejemplo, a un asesino en serie que ha conocido por la televisión. Hay una película de 1995 que lleva el nombre “CopyCat”, protagonizada por Sigourney Weaver y Holly Hunter. En el film se describe el efecto citado en relación a un asesino serial cuyo comportamiento es retomado por otro sujeto tiempo después a partir del conocimiento mediático del caso. La peculiaridad reside en que el asesino en serie ejecuta a sus víctimas inspirándose y copiando el *modus operandi* de otros asesinos en serie más famosos como Ted Bundy, Charles Manson o David Berkowitz. Se trata, pues, de un imitador.

lxx Righi también brinda especial atención al racionalismo teleológico de las normas (RIGHI:126).

lxxi Al respecto, preferimos no hablar de intenciones o subjetividades puesto que la estas pertenecen a las personas de existencia visible y en el seno de una legislatura puede haber intereses y propósitos diferentes y hasta encontrados que converjan en una misma legislación. Tampoco la ley es la representación de una intención total como resultado de la suma de las voluntades individuales, pues se

trata de una finalidad abstracta, y como dijimos, compleja y heterogénea. Incluso los legisladores pueden sostener ideologías enfrentadas y encontrar acuerdo en sancionar una normativa que sea producto de una transacción (ATIENZA:227).

lxxii Ello, sin perjuicio de recordar que el primero de los métodos de interpretación, especialmente en el Derecho Penal, es el gramatical o exegetico: Se ha dicho que *“cuando la ley es clara, cuando las expresiones empleadas por el legislador son el reflejo fiel y exacto de su pensamiento, no hay dificultad alguna. El juez no tiene más que aplicar el texto legal, inclinándose ante la voluntad del legislador sin que le sea permitido torcer por ningún motivo esa voluntad, ni aún pretexto de penetrar el espíritu de la disposición aplicada”*. En el mismo sentido se sostuvo que conforme a la concepción de la interpretación jurídica tradicional, aún hoy dominante, *“...no hay interpretación cuando la formulación lingüística del texto es clara...”* (“El lugar de la interpretación literal en la decisión judicial”, Giana Bardazano Gradin, Facultad de Derecho, Udelar).

lxxiii Concordantemente con ello, el fallo de la Sala III de la Cámara de Apelaciones y Garantías de Mar del Plata de fecha 4 de julio de 2017, toma en cuenta estas dos finalidades: *“Esta norma, a la vez que amplió el universo de casos en que resulta aplicable la llamada figura del arrepentido o delación premiada, unificó su régimen que con anterioridad estaba disperso en varias normas dentro y fuera del código”* (Fallo en incidente en causa INC-30016-1. “F.,J.O. s/Incidente de apelación” -Reg. 324R).

lxxiv En este sentido se habla, además de la criminalidad organizada, de los delitos macroeconómicos y del poder planetario. De la misma manera la internacionalidad no se refiere a la conformación internacional de los componentes de una organización sino también a las posibilidades que brinda la globalización en tanto permite que los dineros malhabidos o de origen ilícito sean depositados en cuentas extranjeras denominadas “paraísos fiscales” o “refugios fiscales” (ZAFFARONI,1999:VI).

lxxv Ante ello, resulta ineludible recordar el concepto que el art. 77 del Código Penal establece para los términos “funcionario público” y “empleado público” que se usen en ese cuerpo: *“... se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente”*. El inc. “h” del art. 41 ter enumera, aunque lo hace mediante la nómina numéricas de las disposiciones que contienen a estos hechos: *Chehecho, tráfico de influencias, Malversación de caudales públicos, Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, Exacciones ilegales, Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados, prevaricato, y fraude en perjuicio de alguna administración pública (todos delitos contra la administración pública)*.

lxxvi El proyecto también establece el régimen de recupero de los bienes derivados del narcotráfico y la trata de personas por entender que junto a la corrupción son los correspondientes a la criminalidad organizada.

lxxvii El primer párrafo del art. 23 del Código Penal establece que *“En todos los casos en que recayese condena por delitos previstos en este Código o en leyes penales especiales, la misma decidirá el decomiso de las cosas que han servido para cometer el hecho y de las cosas o ganancias que son el producto o el provecho del delito, en favor del Estado nacional, de las provincias o de los municipios, salvo los derechos de restitución o indemnización del damnificado y de terceros”*.

lxxviii En el régimen general del decomiso vigente, en una disposición algo controvertida desde el punto de vista constitucional, un párrafo agregado por la ley 26.683 al mismo artículo 23 establece que *“En caso de los delitos previstos en el artículo 213 ter y quáter y en el Título XIII del libro Segundo de éste Código, serán decomisados de modo definitivo, sin necesidad de condena penal, cuando se hubiere podido comprobar la ilicitud de su origen, o del hecho material al que estuvieren vinculados, y el imputado no pudiese ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción o cualquier otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes.”* Decimos que esta disposición es de dudosa constitucionalidad porque prevé la posibilidad de que los jueces dispongan el decomiso definitivo sin necesidad de condena penal firme, y por lo tanto vulnera el derecho a la propiedad privada (art. 17 CN) y el principio de inocencia (art. 18 CN) entre otros.

lxxix Ley 27.401, Art. 10: **“Decomiso.** *En todos los casos previstos en esta ley serán de aplicación las normas relativas al decomiso establecidas en el Código Penal”*.

lxxx Los textos completos de los proyectos considerados, de los informes y los dictámenes de la mayoría y la minoría pueden observarse en Anexo documental.

lxxxi Habíamos dicho que de entre todas las acepciones de la política criminal, no cabían dudas que cualquiera de ellas se integraba con los conceptos interrelacionados de “decisiones” y “finalidades”, a modo de lo que paralelamente serían “medios” y “fines”.



lxxxii

Atienza dice que la racionalidad lingüística implica “que la legislación se ve como un proceso de comunicación, y a ley como una serie de enunciados – el mensaje o contenido de la comunicación – que deben ser suficientemente claros, de manera que no contengan términos o frases ambiguas o conceptos intolablemente vagos” (ATIENZA:201).

lxxxiii

Recordemos que en su primer párrafo esta cláusula dispone que “La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad”. A partir de ello se derivan tres problemas variables: a) Si la reducción debe efectuarse sobre la pena en concreto que hipotéticamente se aplicaría en el caso de recaer condena (Tesis Soler) o sobre la escala prevista en abstracto; b) Si el tercio se aplica al máximo y la mitad al mínimo o al revés; c) Si la reducción que hace referencia al tercio debe ser entendida como que se toma un tercio de ese monto o se resta un tercio partiendo al entero. A su vez, los autores han dado varadas explicaciones de cómo debería interpretarse esta cuestión sintáctica-semántica, de lo cual se extraen, a resumidas cuentas, la formulación de agrupamientos de tres teorías: a) La que toma dos tercios del mínimo y la mitad del máximo (tesis de muchos autores y del Plenario “Ach” de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires); b) la que toma la mitad del mínimo y dos tercios del máximo (tesis de González Roura del Plenario “Villarino” de la Cámara Nacional de Casación Penal); y la tesis de Soler que proponía formar una escala sobre la pena en concreto.

lxxxiv

Así, el art. 38 del Anteproyecto de 2006 establecía: “La pena que correspondería al agente si hubiese consumado el delito **se reducirá a la mitad del mínimo y del máximo**”. Mientras tanto, el art. 7 del Anteproyecto 2014 decía: “El que con el fin de cometer un delito determinado comenzare su ejecución, pero no lo consumare por circunstancias ajenas a su voluntad, **será penado conforme a la escala del delito consumado reducida a la mitad del mínimo y a dos tercios del máximo**”.

lxxxv

En este sentido es que habíamos adelantado que la finalidad político-criminal de la limitación de la ley 25.742 era evitar que los responsables principales de la organización delictiva se beneficien con la entrega de los llamados “perejiles” (GRISSETTI:57).

lxxxvi

En oportunidad de reglamentar la eficacia y las características que debe tener la información, la ley hace referencia a “la gravedad de los delitos que el imputado ha contribuido a esclarecer o impedir” - inc. “d” del art. 5; y a “la gravedad de los hechos que se le atribuyen y la responsabilidad que le corresponde por ellos” - inc. “e” del art. 5.

lxxxvii

Otra técnica es recurrir al segundo artículo con el mismo número adicionándole el número entre paréntesis, tal como lo hiciera la **ley de Ética en el ejercicio de la Función Pública Nº 25.188** (1999) que agregó los arts. 268 (2) y 268 (3) al Código Penal.

lxxxviii

Así, el Anteproyecto de reforma integral de 2006 había mantenido el número de la redacción de 1921 para insertar el mismo contenido de ciertas disposiciones conocidas como el art. 34. En cambio, el Anteproyecto de 2014 no siguió esa misma estrategia. Finalmente, es una técnica que sí será implementada por los integrantes de la comisión para la reforma que será publicada en 2018, desde que ya manifestaron que la idea es respetar la numerología, y así es como finalmente se dio a conocer el Anteproyecto.

lxxxix

Una buena técnica que traía el Anteproyecto de 2014 era la rotulación de cada una de sus disposiciones. A la que tratamos en este trabajo podríamos llamarle “Figura del arrepentido”, o “Acuerdo de colaboración eficaz”, etc.

xc

Los diversos artículos de la ley que regulan la materia procesal se rotulan así: Oportunidad (Art. 3); Criterios para aplicar los beneficios (Art. 5); Actos de colaboración. Registro (Art. 6); Acuerdo de colaboración. Requisitos formales (Art. 7); Procedimiento del acuerdo de colaboración (Art. 8); Acuerdo de colaboración celebrado con el fiscal (Art. 9); Homologación del acuerdo de colaboración (Art. 10); Incorporación del acuerdo al proceso (Art. 11); Valoración en la instrucción o etapa preparatoria (Art. 12); Corroboración (Art. 13); Protección de los imputados arrepentidos (Art. 14); Ministerio Público Fiscal (Art. 16); y Sentencia. (Art. 15).

xc

Veamos esta idea pero plasmada en otro ámbito: Una cosa será si nos dicen que si pagamos un arancel o impuesto luego de el 10 de cada mes se nos cobrará una multa o adicional. Y otra cosa es que nos incentiven informando que, aunque pongan el precio original más alto para el que paga antes del 10 tendrá un descuento. Es una cuestión terminológica y psicológica a la vez. Cualquier parecido con los engaños de los días de descuentos masivos en los hipermercados es pura coincidencia.

xcii

Cabe destacar que uno de los proyectos presentados se titulaba “*Proyecto de ley estableciendo la figura del colaborador eficaz y/o arrepentido para supuestos de delitos vinculados con hechos de corrupción*” (Proyecto presentado en el Senado por la Senadora Elías de Pérez -Número de Expediente 784/16-).

xciii

Esto se discutió en los pocos casos en los que se aplicó hasta la actualidad. Por ejemplo, la Sala III de la Cámara de Apelaciones y Garantías del departamento judicial Mar del Plata, mediante sentencia del 4 de julio de 2017, admitió la aplicación de la figura del arrepentido a un caso de comercio de estupefacientes. La Alzada, hizo lugar al recurso de apelación presentado por las partes frente a la negativa de homologación de acuerdo dictada por el juez de garantías. Una de las cuestiones discutidas era, justamente, la relativa a la operatividad de la norma (Fallo en incidente en causa INC-30016-1. "F., J.O. s/Incidente de apelación" -Reg. 324R).

xciv

La Constitución Nacional en el art. 99 inc. 3º prohíbe que el Poder Ejecutivo Nacional pueda dictar decretos de necesidad y urgencia en materia criminal. Del mismo modo, la iniciativa popular está vedada para las leyes de contenido penal (Art. 39).

xcv

En efecto, esta fue una de las cuestiones discutidas en el fallo de la Sala III de la Cámara de Apelaciones y Garantías de Mar del Plata de fecha 4 de julio de 2017 (Fallo en incidente en causa INC-30016-1. "F., J.O. s/Incidente de apelación" -Reg. 324R).

xcvi

*"Artículo 233 quater.- Arrepentido. Cuando en el marco de investigaciones complejas o que tengan por objeto organizaciones o estructuras criminales, existan motivos fundados para concluir que la declaración de un imputado será una prueba esencial para asegurar el esclarecimiento del hecho o el éxito de la pesquisa respecto de otros autores, coautores, partícipes o encubridores que resulten más relevantes, y aquél se comprometa a aportar datos o indicaciones conducentes al efecto, el fiscal podrá proceder al archivo de la causa a su respecto. Para la procedencia de este archivo, se requerirá que, por las circunstancias de los hechos y su grado de participación, y por las características y antecedentes personales del imputado, resulte probable que corresponda aplicársele condena de ejecución condicional. El imputado beneficiado por este archivo quedará obligado a prestar declaración como testigo, y deberá ser informado fehacientemente de esta obligación antes de dictarse dicha resolución. En esa declaración, deberá aportar datos que revelen la identidad de otros autores, coautores, partícipes o encubridores de los hechos investigados u otros conexos, y que permitan un significativo avance de la investigación. De no cumplir con tales obligaciones, el archivo será revocado. El archivo se notificará al particular damnificado y al fiscal general. El primero podrá instar su revisión por ante el fiscal general en los términos del artículo 83 inciso 8, quien además, estará facultado a revisar su razonabilidad de oficio, y con carácter previo a la declaración prevista en el párrafo anterior. Todo ello, dentro del plazo de cuarenta y ocho (48) horas. En casos de urgencia, podrá prescindirse de la notificación al particular damnificado, y el aviso al fiscal general deberá ser cursado en forma inmediata".*

xcvii

El Art. 199 del Código Procesal Penal de CABA establece que *"El archivo de las denuncias y de las actuaciones de prevención procederá cuando: (...) inc. f) Con la conformidad del/la Fiscal de Cámara, cuando fuera indispensable respecto de algún/a imputado/a para asegurar el esclarecimiento del hecho y/o el éxito de la pesquisa respecto de otros autores, coautores y/o partícipes necesarios que se consideren más relevantes y aquél/la hubiera dado datos o indicaciones conducentes al efecto. El/la imputado/a beneficiado/a quedará obligado/a a prestar declaración como testigo en caso de ser convocado/a y deberá ser informado/a fehacientemente de esta obligación antes de disponerse el archivo."*

xcviii

Como por ejemplo la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, etc, que receptan muchas de las garantías relacionadas a las que ya hicimos alusión.

xcix

Especialmente en los casos de Fallos o Acuerdos Plenarios (de dudosa y discutida constitucionalidad), tal como el regulado en los arts. 61 a 67 del Cap. VII del Reglamento Interno del Tribunal de Casación de la Provincia de Buenos Aires.

c

Por ejemplo, organización interna en niveles: Legislador, Asesor, empleado (en el ámbito legislativo), y Jueces, Secretarios, Prosecretarios, Auxiliares Letrados, Oficiales, Auxiliares, Ordenanzas y demás empleados (en el ámbito judicial).

ci

El art. 3 de la ley provincial de Ministerio Público N° 14.442 establece el principio de jerarquía de la estructura organizativa del mismo.

cii

Artículo III: **"Medidas preventivas.** A los fines expuestos en el Artículo II de esta Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: 1. Normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Estas normas deberán estar orientadas a prevenir conflictos de intereses y asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones. Establecerán también las medidas y sistemas que exijan a los funcionarios públicos informar a las autoridades competentes sobre los actos de corrupción



en la función pública de los que tengan conocimiento. Tales medidas ayudarán a preservar la confianza en la integridad de los funcionarios públicos y en la gestión pública. 2. Mecanismos para hacer efectivo el cumplimiento de dichas normas de conducta. 3. Instrucciones al personal de las entidades públicas, que aseguren la adecuada comprensión de sus responsabilidades y las normas éticas que rigen sus actividades. 4. Sistemas para la declaración de los ingresos, activos y pasivos por parte de las personas que desempeñan funciones públicas en los cargos que establezca la ley y para la publicación de tales declaraciones cuando corresponda. 5. Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas. 6. Sistemas adecuados para la recaudación y el control de los ingresos del Estado, que impidan la corrupción. 7. Leyes que eliminen los beneficios tributarios a cualquier persona o sociedad que efectúe asignaciones en violación de la legislación contra la corrupción de los Estados Partes. 8. Sistemas para proteger a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción, incluyendo la protección de su identidad, de conformidad con su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno. 9. Órganos de control superior, con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas. 10. Medidas que impidan el soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros, tales como mecanismos para asegurar que las sociedades mercantiles y otros tipos de asociaciones mantengan registros que reflejen con exactitud y razonable detalle la adquisición y enajenación de activos, y que establezcan suficientes controles contables internos que permitan a su personal detectar actos de corrupción. 11. Mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción. 12. El estudio de otras medidas de prevención que tomen en cuenta la relación entre una remuneración equitativa y la probidad en el servicio público.”

ciii El art. 6 de Anteproyecto 2014 traía prevista la disminución de penas (entre la mitad del mínimo y del máximo), para los casos de imputabilidad disminuida, error “vencible”, exceso en la legítima defensa y legítima defensa incompleta, entre otros...

civ Mediante Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 103/2017 se crea una comisión para la reforma del Código Penal de la Nación. En dicha normativa se dispone que la comisión tendrá a su cargo la elevación al P.E.N. de un Anteproyecto de ley de reforma y actualización integral del digesto penal, que concentre toda la legislación penal en un único cuerpo normativo, en el plazo de un año a contar desde que aquella quede formalmente constituida. La comisión, que se encuentra trabajando en la actualidad reuniéndose una vez por semana, está integrada por los doctores Mariano Borinsky (Presidente), Carlos González Guerra (Secretario), Pablo Turano (Secretario adjunto), Carlos Mahiques, Patricia Llerena, Daniel Erbetta, Víctor María Vélez, Pablo López Viñals, Guillermo Yacobucci, Fernando Córdoba y Patricia Ziffer. Asimismo, se dispuso que la integración se completará con un representante del Ministerio de Seguridad y un representante del Ministerio de Desarrollo Social.

cv Mariano Borinsky explicó algunas de las cuestiones que se estaban discutiendo en las reuniones de la Comisión en la Jornada **“Los recientes proyectos de reforma integral del Código Penal – A 100 años del Proyecto de Código Penal de 1917”**, llevada a cabo el lunes 14 de agosto de 2017 de 15:00 a 19:30 hs., organizado por la Coordinación de Actividades Académicas, Culturales y deportivas y el instituto de Derecho Penal y Criminología del Colegio de Abogados de la Capital Federal, la cual tuvo lugar en el Salón Auditorio del CPACF con la disertación de Joaquín P. da Rocha; Daniel Erbetta (“El proyecto de Código penal de 2006”); Raúl Eugenio Zaffaroni (“El proyecto de Código Penal de 2014”); Mariano Borinsky (“El proyecto de Código Penal de 2017”). Por su parte, González Guerra disertó en la Jornada **“El proyecto de reforma al Código Penal y elaboración de proyectos de leyes penales”**, desarrollada en la ciudad de La Plata el día 15 de agosto de 2017 y organizada por los Institutos de Derecho Penal de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de La Plata, del Colegio de Abogados de La Plata y de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP.

cvi Leiva Fernández sostiene que las derogaciones genéricas o “paraguas” que vienen al final de las leyes son peligrosas y prestan a confusión (LEIVA FERNÁNDEZ:77).

cvi Un buen método para contrarrestar ello fue la elaboración de un Digesto en el que se enrolean todas las normas vigentes.

cvi Al respecto, se puede hacer una comparación con la inflación monetaria, en tanto a partir de la ley de la oferta y la demanda en un mercado económico, más dinero haya en circulación, menor valor tendrá la unidad de moneda y por lo tanto se deprecia su valor real para la adquisición de bienes y servicios. Lo mismo ocurre con las normas en el ordenamiento jurídico.

cix

De entre los motivos que fundamentaron la decisión de la necesidad del cambio, se ha dicho que luego de las innumerables reformas parciales que ha sufrido el Código Penal de 1921, se imponía la necesidad de una adecuación integral para que, entre otros tantos objetivos, vuelvan a armonizarse las penas de los diferentes delitos, de acuerdo a los bienes jurídicos que cada uno de ellos tutelan. Al respecto, se ha sostenido que el Código en la actualidad no detenta todas las características de un código, a más que se trata de un conjunto de normas que se refieren a una misma materia. Ello porque como consecuencia de su falta de actualización integral y las reformas parciales que funcionaron como parches, ha dejado de ser sistemático y metódico, ha perdido armonía en relación a la proporcionalidad deseada entre las penas y los bienes jurídicos afectados, ha dejado de ser completo debido al surgimiento de múltiples leyes complementarias, además de resultar poco accesible y claro, incluso desde el punto de vista del lenguaje.

CX

Checklisten que responden a esta idea: **1. ¿Es realmente necesario hacer algo?** a) ¿Cuál es la situación jurídica y de hecho existente? b) ¿De dónde proceden las reivindicaciones y qué razones invocan? c) ¿Cuál es el número de personas afectadas? d) ¿Qué ocurre si nada ocurre? **2. ¿Cuáles son las alternativas?** a) ¿Qué causas tiene el problema? b) ¿Con qué instrumentos puede lograrse el objetivo en su totalidad (Vg. acuerdos, inversiones, programas de incentivación, estímulo, autoasistencia, soluciones judiciales en cada caso)? c) ¿Mediante qué actuación puede evitar dictarse nuevas disposiciones normativas? **3. ¿Debe actuar la Federación?** a) ¿Pueden obtener el objetivo los länder o los municipios por sí solos? ¿Otras entidades públicas? b) ¿Por qué debe actuar la Federación? **4. ¿Debe elaborarse una ley?** a) ¿Es necesaria una ley? ¿Puede resolverse por un decreto, o por la resolución de un organismo federal? **5. ¿Hay que actuar ahora?** a) ¿Qué circunstancias todavía no han sido investigadas? **6. ¿Es necesario que la regulación tenga la amplitud prevista?** a) ¿Está exento el proyecto de enunciados programáticos innecesarios o de descripciones de objetivos superfluos? b) ¿Puede dejarse la reglamentación de la ley a dictarse en cabeza de los länder? c) ¿Los mismos casos se encuentran ya regulados por normas de jerarquía superior a la legal (tratados internacionales, ley federal en relación a ley local)? **7. ¿Puede limitarse el período de vigencia?** a) ¿Se necesitará la regulación sólo en un período de tiempo que ya es previsible? **8. ¿Se aproxima la regulación al sentir de los ciudadanos y es comprensible?** a) ¿La nueva ley será comprendida y aceptada por los ciudadanos? **9. ¿Es practicable la regulación?** a) ¿Qué autoridades deben asumir la ejecución de la ley? b) ¿Qué conflictos de intereses pueden esperarse entre los responsables de la ejecución? c) ¿Se concede un margen de discrecionalidad a los responsables de la ejecución? **10. ¿Es razonable la relación costos-beneficios?** a) ¿Qué costos se generarán en el patrimonio de las personas afectadas? b) ¿Se puede exigir esa carga económica a los destinatarios? c) ¿Qué costos adicionales se crean en los presupuestos de la Federación, de los länder y de los municipios? d) ¿Se efectuaron estudios sobre la relación costos-beneficios? ¿Con qué resultado? e) ¿Después de la entrada en vigencia, de qué modo se averiguará su eficacia y los costos secundarios?

CXI

Nadie mejor que las palabras de Alejandro Carrió para ilustrar este pensamiento: *“¿Qué subyace en todo esto? Subyace el deseo de que algo tan sagrado y sublime como la Ley, ese instrumento que nos dice a todos los ciudadanos qué nos está permitido hacer y qué sucederá si incumplimos sus prohibiciones, no quede en manos de la ocurrencia momentánea de algún iluminado. Buscamos entonces que ese instrumento no sea decidido por un único gobernante en la súbita creencia de que tiene la solución al problema que quiere solucionar, o lo que es peor, que piense que está autorizado para emitir, con fines electoralistas o de afianzamiento de su propio poder, leyes de pretendido alcance general.”* (CARRIÓ,2008:25).

CXII

Ello se ha observado principalmente en la creación de nuevas figuras delictivas y el aumento de penas ante la aparición de problemáticas reales imbricadas en determinada clase de delitos. Sólo a modo de ejemplo, además del conocido paquete de las llamadas leyes “Blumberg” de 2004, cabe recordar otras reformas como la de la ley de violencia de género y femicidio que se apuró a consecuencia del homicidio de Wanda Taddei en manos del baterista de Callejeros Eduardo Vázquez. Otros ejemplos: El conocido caso de Sebastián Cabello, hecho ocurrido el 30 de agosto de 1999, generó la modificación, en menos de dos meses, del art. 84 del Código Penal mediante ley 25.189. El homicidio de Carla Figueroa, de 19 años, el 11 de diciembre de 2011, a manos de Marcelo Tomaselli, de 21 años, quien se encontraba detenido por haber abusado de ella y había sido beneficiado con el avenimiento; motivó que cuatro meses después se derogara esta figura mediante la ley 26.738. O los casos Marita Verón y María Cash y su influencia en la creación de la ley N° 26.364 sobre *prevención de la trata de personas y asistencia a sus víctimas*, de abril de 2008, posteriormente reformada por la ley 26.842 a fines de 2012.

cxiii

Ya hicimos referencia a la enseñanza de Carrara en tanto aseveraba que en cuanto a la efectividad de la aplicación de la pena, el culpable no pensaba en la benignidad de la misma, sino en la expectativa de la impunidad que se procuraba.

cxiv

El art. 2 de la ley 25.742 establecía: *“Incorpórase como artículo 41 ter del Código Penal, el siguiente: ‘Artículo 41 ter: Las escalas penales previstas en los artículos 142 bis y 170 de este Código podrán reducirse en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo respecto de los partícipes o encubridores que, durante la sustanciación del proceso o antes de su iniciación, proporcionen información que permita conocer el lugar donde la víctima se encuentra privada de su libertad, o la identidad de otros partícipes o encubridores del hecho, o cualquier otro dato que posibilite su esclarecimiento. En caso de corresponder prisión o reclusión perpetua, podrá aplicarse prisión o reclusión de ocho (8) a quince (15) años. Sólo podrán gozar de este beneficio quienes tengan una responsabilidad penal inferior a la de las personas a quienes identificasen.’”*

cxv

Sin perjuicio de que aquí las usemos en forma indistinta, la ética no es lo mismo que la moral. La ética es aquel valor al que todos debemos aspirar y que de alguna manera es compartido por todas las personas en todos los tiempos. Es el ideal genérico y abstracto a seguir. En cambio la moral es una parte integrante de la ética pero no quiere decir que todos compartamos la misma moral. La moral es el cúmulo de valores individual y concreto.

cxvi

Esta película está basada en un caso real en el que la *Brown & Williamson*, una de las principales tabacaleras del mundo, fue condenada por la justicia estadounidense por añadir sustancias adictivas al tabaco que incrementaban el poder adictivo del cigarrillo: la **cumarina**.

cxvii

Rara vez llegará a encontrarse un veredicto que absuelva al colaborador eficaz por falta de comprobación de su participación en la empresa criminal, si es que él mismo “confesó” el hecho y su intervención al momento de colaborar y brindar datos sobre los otros partícipes.

cxviii

Una de esas respuestas es la que integró el aporte de la Fundación Poder Ciudadano al Anteproyecto de 2014: *“No se exige que el imputado se haya arrepentido de su actuar, sino simplemente se le requiere –porque se lo necesita– que aporte datos que permitan investigar otros hechos y otras personas a cambio de lo cual se lo premia con una quita de pena”*.

cxix

Algunas de estos interrogantes podrían encontrar respuesta a través de los criterios que establece el art. 5 de la ley 27.304 que ya estudiamos.

cxx

Ello podría ser comparado con el proceder que se exige en las prácticas médicas en relación al consentimiento informado y las historias clínicas relativos a la responsabilidad de los profesionales de la salud.

cxxi

Ya dijimos que para Hassemer, la prevención es el paradigma gobernante por estos días y que todas las áreas en las que la política criminal moderna se encuentra trabajando deben pasar de la represión a la prevención (HASSEMER, 1995:495).